Prozeßrichter und Eintragungen im Handelsregister unter Berücksichtigung des Gesetzes über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften vom 5. Juli 1934 (RGBl. I S. 569)

Abhandlung

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität

zu Bonn

von

Heinz Senden

aus Hoengen, Krs. Aachen.

Würzburg 1936

Buchdruckerei Richard Mayr

Angenommen auf Bericht der Professoren Dr. Göppert und Dr. Rauch.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Verzeichnis der benutzten Bücher und Schriften.

Andersen: Ungültige Verwaltungsakte mit besonderer Berücksichtigung der Ungültigkeitsgründe (1927).

Archiv für Bürgerliches Recht.

Archiv für die Zivilistische Praxis (ArchZivPrax).

Bank-Archiv.

Böttcher-Meilicke, Umwandlung, Auflösung und Anleihestock von Kapitalgesellschaften. Kommentar (2. Auflage 1935).

Brand-Meyer zum Gottesberge, Die Registersachen in der gerichtlichen Praxis (3. Auflage 1929).

Brodmann, Aktienrecht, Kommentar. 1929.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts (12. Auflage 1930).

Crisolli, Die neue Regelung des Umwandlungsrechts der Kapitalgesellschaften (JW 1935 S. 172 ff.).

Crisolli-Groschuff-Kaemmel, Umwandlung und Löschung der Kapitalgesellschaften, Kommentar (1935).

Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs.

Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts (OLGR).

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, III. Bd., 3. Teil, 2. Lieferung, Die Umwandlung von Kapitalgesellschaften und die Steuererleichterungen, Kommentar (1935).

— Kommentar zum Handelsgesetzbuch (3. Auflage 1930).

Ehrenberg, Handbuch des gesamten Handelsrechts. (Erster Band: 1913, Zweiter Band: 1914, Dritter Band, dritte Abteilung: 1929.)

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (RGSt).

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ).

Entscheidungen in Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchamts. Zusammengestellt im Reichs-Justizamt (RJA).

Friese, Der Einfluß der Handelsregistereintragung über die Haftsumme der Kommanditisten auf die Haftung des Kommanditisten (JW 1930 S. 3698 ff.).

v. Gierke, Handelsrecht und Schiffahrtsrecht (3. Auflage 1929).

Goldschmit, Die Aktiengesellschaft, Kommentar (1927).

Goltdammers Archiv für Strafrecht und Strafprozeß (Goldt.-Arch).

Göppert, Eintragungen in das Handelsregister von besonderer Eigenart (§ 25, Abs. 2, §§ 176, 5, 200 HGB) (1934).

— Zum Aktienrechts-Entwurf. (Nichtigkeit der AG und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen.) (Bank-Archiv, Jahrgang 1930/31, S. 25 ff).

Groschuff, Kaufmann, Kleingewerbetreibender, Handwerker nach Handelsregisterrecht. Zugleich ein Beitrag zum Gesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften vom 5. Juli 1934 (JW 1934 S. 3030 ff).

— Umwandlung von Kapitalgesellschaften (JW 1934 S. 1823 ff).

Grützmann, Bemerkungen über Nichtigkeiten nach Aktienrecht (ArchZivPrax Bd. 122 S. 52 ff).

Hachenburg, Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Kommentar (5. Aufl. 1927).

Hellwig, Grenzen der Rückwirkung (1907).
— System des Deutschen Zivilprozeßrechts (1912).
Huber, Die Nichtigkeit der Handelsgesel chaften und ihrer Beschlüsse in verwaltungsrechtlicher Betrachtung (Verwaltungsarchiv Bd. 37 S. 1 ff).
— Wirtschaftsverwaltungsrecht (1932).
Hueck, Der Scheinkaufmann (Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 43 S. 415 ff).
Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Kosten-, Stempel- und Strafsachen (KGJ).
Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts (JFG).
Jellinek, Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen (1908).
— Verwaltungsrecht (2. Auflage 1929).
Kipp, Das Erbrecht (5. Bearbeitung 1923).
Koenige-Teichmann-Koehler, Kommentar zum Handelsgesetzbuch (2. Auflage 1929).
Kommentar der Reichsgerichtsräte zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil (8. Auflage 1934).
Kuttner, Rechtsvermutungen aus Akten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (Jherings Jahrbücher, Bd. 61 S. 109 ff).
Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts (2. Auflage).
Lehmann-Hoeniger, Lehrbuch des Handelsrechts (3. Aufl. 1921).
Lehmann-Ring, Kommentar zum Handelsgesetzbuch (2. Aufl. 1914).
Makower, Kommentar zum Handelsgesetzbuch (13. Auflage 1906).
Meyer, Handelsregistererklärung und Widerruf der Prokura (ZHR Bd. 81 S. 365ff).
Mosse-Heymann (Litthauer-Mosse), Kommentar zum Handelsgesetzbuch (17. Auflage 1926).
Motiv zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Band I (Allgemeiner Teil) Amtliche Ausgabe 1888.
Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht (2. und 3. Auflage 1928).
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil (4. Auflage 1913).
Protokolle der Kommission für die Zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Band I (Berlin 1897).
Ritter, Kommentar zum Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts (2. Auflage 1932).
Schlegelberger, Kommentar zum Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (3. Auflage 1927).
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch (14. Auflage 1932).
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil (9. Auflage 1925).
Stein-Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung (14. Auflage 1928).
v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts (1914).
Verwaltungsarchiv, Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltunggerichtsbarkeit.
Wieland, Handelsrecht (1921).
Wolff, Sachenrecht (3. Bearbeitung, 1919).
Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht.

Anordnung.

A. Einleitung 1

B. Ausführung 3

Erstes Kapitel: Die deklaratorische Eintragung . . . 3
1. Abschnitt: Begriff und Wirkungen 3
2. Abschnitt: Beweiswirkungen, Rechtsnatur und Ueberprüfbarkeit 6
a. Beweiswirkungen 6
b. Rechtsnatur und Ueberprüfbarkeit 6
3. Abschnitt: Vermutungswirkungen 7

Zweites Kapitel: Die konstitutive Eintragung . . . 11
1. Abschnitt: Begriff und Wirkungen 11
2. Abschnitt: Beweiswirkungen, Rechtsnatur und Ueberprüfbarkeit. 21
a. Beweiswirkungen 21
b. Rechtsnatur und Ueberprüfbarkeit. 21
3. Abschnitt: Vermutungswirkungen. 22

Drittes Kapitel: Die Eintragungsentscheidung des § 5 HGB. 23
1. Abschnitt: Der Stand der Meinungen über die Bedeutung des § 5 HGB. 23
2. Abschnitt: Die Eintragungs-Entscheidung des § 5 HGB . 25
1. Unterabschnitt: Begriff und Inhalt der Eintragungs-Entscheidung. 25
2. Unterabschnitt: Tragweite der Eintragungs-Entscheidung 29
3. Abschnitt: Beweis- und Vermutungswirkungen. . . 31

Viertes Kapitel: Die Eintragung als schaffender Staatsakt 32
1. Abschnitt: Schaffender Staatsakt und konstitutive Eintragung 32
2. Abschnitt: Die Eintragung eines Vereins ins Vereinsregister (§ 21 BGB.) als schaffender Staatsakt. 32
3. Abschnitt: Die Eintragung einer AG. in das Handelsregister (§ 200 HGB.) als schaffender Staatsakt. 36
1. Unterabschnitt: Die Entstehung der AG. durch den Staatsakt der Eintragung. 36
2. Unterabschnitt: Die Beseitigung der „nichtigen" AG. . 39
a. Die Löschung der AG. als nichtig. (§ 144, Abs. 1 FGG.) 39
b. Die Nichtigkeitsklage und die Eintragung der Nichtigkeit der AG. (§§ 309, 311 HGB.) . . . 40
3. Unterabschnitt: Schlußwort. 41

Fünftes Kapitel: Die Eintragung des Umwandlungsbeschlusses ins Handelsregister nach §§ 9 ff. des Gesetzes über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften vom 5. Juli 1934. (RGBl. I S. 569). 43
1. Abschnitt: Bedeutung und Wirkungen der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses nach herrschender Auffassung. 44
2. Abschnitt: Die Eintragung des Umwandlungsbeschlußes ins Handelsregister als rechtsschaffender und zugleich rechtsvernichtender Staatsakt 45
1. Unterabschnitt: Die Entstehung der OHG. und die Vernichtung der AG. durch den Staatsakt der Eintragung. 45
a. Die rechtsschaffende Wirkung der Eintragung. . 45
b. Die rechtsvernichtende Wirkung der Eintragung. 47
2. Unterabschnitt: Die Beseitigung der fehlerhaft entstandenen OHG.
a. Die Beseitigung der OHG. im Wege der Auflösungsklage gemäß § 133 HGB. 50
b. Die Beseitigung der OHG. im Wege der Löschung von Amts wegen gemäß § 142 FGG. . . . 51

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546416_0064

Prozeßrichter und Eintragungen im Handelsregister unter Berücksichtigung des Gesetzes über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften vom 5. Juli 1934. (RGBl. I S. 569).

Einleitung.

I. Die Eintragungen im Handelsregister werden gewöhnlich in deklaratorische („rechtsbekundende" oder „rechtsfeststellende") und konstitutive („rechtsbegründende" oder „rechtserzeugende") eingeteilt. Dabei faßt man unter dem Begriff der konstitutiven Eintragung Eintragungen von ganz verschiedener Art zusammen. Die Eintragung eines satzungsändernden Generalversammlungsbeschlusses (§ 277 HGB.), die Eintragung einer Firma nach § 5 HGB., und die Eintragung einer Aktiengesellschaft (§ 200 HGB.) werden unterschiedslos als „konstitutiv" bezeichnet.

Eine Reihe von Autoren spricht außer von deklaratorischen und konstitutiven Eintragungen noch von Eintragungen mit heilender Wirkung. Als Hauptbeispiele für diese Art von Eintragungen werden die Eintragung des § 5 HGB. und die des § 311 HGB. angeführt.

Demgegenüber sind in der neuesten Literatur unter Einschränkung des Begriffs der konstitutiven Eintragung und unter Ablehnung der Eintragung mit heilender Wirkung vier Haupttypen von Eintragungen herausgearbeitet worden: die deklaratorische Eintragung (z. B. § 53 HGB.), die in dem abgeschwächten Sinne des Sprachgebrauchs des Registerrechts konstitutive Eintragung (z. B. § 277 HGB.), die Eintragung als maßgebliche Entscheidung (§ 5 HGB.), und die Eintragung als schaffender Staatsakt. (z. B. § 200 HGB.). Hierzu kommen noch einige Eintragungen, die keiner der angeführten Kategorien angehören, sondern sich wieder als besondere Typen darstellen. (z. B. § 25, Abs. 2 HGB.). Diese Gruppierung der Eintragungen im Handelsregister ist der nachfolgenden Abhandlung im wesentlichen zugrundegelegt.

II. a) In der nachfolgenden Darstellung sollen zunächst der Begriff und die Wirkungen der Eintragungen im Handelsregister klargestellt werden. Im Zusammenhang mit der Frage der rechtlichen Wirkung der verschiedenen Eintragungen erscheint es angebracht, auf die Wirkungen einzugehen, die mit der Bekanntmachung der Eintragung verknüpft sind.

b) Im Anschluß daran sollen die Beweiswirkungen der Eintragung untersucht werden. Ferner wird besonders hervorzuheben sein, daß sich die verschiedenen Eintragungen im Handelsregister hinsichtlich ihrer rechtlichen Natur als Verwaltungshandlungen darstellen, worauf in der handelsrechtlichen Literatur fast nirgendwo hingewiesen wird. Dabei bedarf die Frage besonderen Eingehens, ob und inwieweit die verschiedenen Eintragungen im Handelsregister nach ihrer rechtlichen Natur einer Nachprüfung durch den Prozeßrichter unterliegen. Diese Frage ist unter dem Gesichtspunkt des Verhältnisses von Rechtsprechung und Verwaltung zu beurteilen. Denn die Eintragungen im Handelsregister einschließlich der Löschungen, deren Ueberprüfbarkeit durch den Prozeßrichter untersucht werden soll, sind Verwaltungshandlungen. Die Frage, ob und inwieweit die Eintragungen im Handelsregister der Nachprüfung durch den Prozeßrichter unterliegen, ist also nach den Grundsätzen zu behandeln, die für die Ueberprüfung einer Verwaltungshandlung durch eine andere Behörde gelten.

Endlich soll noch auf die Frage eingegangen werden, ob und inwieweit die verschiedenen Eintragungen im Handelsregister eine Vermutungswirkung entfalten. Dabei wird dazu Stellung zu nehmen sein, ob die Eintragungen im Handelsregister nur eine Vermutung für ihre Gesetzmäßigkeit oder darüber hinaus auch eine Vermutung für ihre Richtigkeit begründen. Auch hier wird zu betonen sein, daß die Vermutungswirkungen an die Natur der Eintragungen als Verwaltungshandlungen anknüpfen.

III. Im letzten Kapitel wird auf die Umwandlungsgesetzgebung eingegangen. In dem Gesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften vom 5. Juli 1934 (RGBl. I S. 569) und den zu diesem Gesetz ergangenen Durchführungsverordnungen vom 14. Dezember 1934 (RGBl. I S. 1262) und vom 17. Mai 1935 (RGBl. I S. 721) sind einige Fälle von Eintragungen im Handelsregister enthalten. Hier sollen die Bedeutung und die Wirkungen der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses im Falle der Umwandlung einer Aktiengesellschaft unter gleichzeitiger Errichtung einer Offenen Handelsgesellschaft (§§ 9 ff. UmwGes.) untersucht werden.

Erstes Kapitel.

Die deklatorische Eintragung.

Erster Abschnitt:

Begriff und Wirkungen.

Es erscheint notwendig, da darüber in Literatur und Praxis keine völlige Klarheit herrscht, zunächst auf den Begriff und die Wirkungen der deklaratorischen Eintragung einzugehen.

Die deklaratorische Eintragung hat die Bedeutung der Beurkundung und der Kundbarmachung von solchen Tatsachen und Rechtsverhältnissen, die für den Handelsverkehr von besonderer Wichtigkeit sind. Sie enthält also die öffentliche Verlautbarung von bestimmten tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen, die, wie Staub-Bondi es ausdrücken, auch ohne die Eintragung „beweisbar und wirkend" sind[1]). Wenn z. B. jemandem Prokura erteilt worden ist, und die Erteilung der Prokura ins Handelsregister eingetragen wird (§ 53 HGB.), so wird durch die Eintragung beurkundet und kundgetan, daß ihm die Prokura erteilt worden ist. Er wäre aber auch dann Prokurist, wenn die Eintragung der Prokura ins Handelsregister unterblieben wäre. Das gleiche gilt, falls jemand zum Vorstand einer AG.[2]) oder zum Geschäftsführer einer G.m. b.H.[3]) bestellt worden ist, hinsichtlich seiner Eigenschaft als Vorstand bezw. als Geschäftsführer. In diesen wie in einer Reihe von anderen Fällen erchöpft sich die Wirkung der Eintragung in einer reinen Beurkundung und Kundbarmachung von Tatsachen und Rechtsverhältnissen[4]).

Die Auffassung, daß durch die deklaratorische Eintragung eine Tatsache oder ein Rechtsverhältnis beurkundet und kundgetan wird, ist in einem Teil der Literatur und auch der Praxis bestritten. So vertritt z. B. der I. Zivilsenat des Reichsgerichts in einer noch unter der Herrschaft des ADHGB. er-

---

1) Staub-Bondi, Anm. 12 im Exkurs zu § 8 HGB., Schlegelberger, I 2 zu § 125 AGG.; Düringer-Hachenburg, Anm. 3 in der Vorbem. zu §§ 8 ff. HGB.; Brand-Meyer zum Gottesberge, Registersachen, Anm. 4 zu § 8, S. 15.

2) Staub-Pinner, Anm. 8 zu § 234 HGB.

3) Hachenburg, Kommentar zum G.m.b.H.-Gesetz, Anm. 11 zu § 10 G.m.b.H.-Ges.

4) Vgl. z. B. §§ 1, 31, 32, 106, 107, 125, 143, 144, 148, 150, 161, 162 HGB. u. a. m.

gangenen Entscheidung[5]) die Ansicht, daß durch die Eintragung im Handelsregister nicht eine Tatsache oder ein Rechtsverhältnis, sondern die Erklärung über eine Tatsache oder ein Rechtsverhältnis konstatiert werde. Diese Auffassung wird vom I. Strafsenat des Reichsgerichts mit dem kurzen Hinweis begründet, daß das Handelsregister „lediglich den Zweck habe, die über gewisse Tatsachen und Rechtsverhältnisse, die im kaufmännischen Verkehr von Wichtigkeit sind, abgebenen Erklärungen der Kaufleute zu beurkunden und zur öffentlichen Kenntnis zu bringen.... Die Eintragungen im Handelsregister seien daher öffentliche Urkunden über Erklärungen, Anmeldungen, nicht über die Tatsachen, die den Gegenstand der Erklärung bilden"[6]).

An diesem Standpunkt hält der I. Strafsenat in einer nach dem Inkrafttreten des heute geltenden Handelsgesetzbuchs ergangenen Entscheidung fest[7]). Das Reichsgericht betont auch in dieser Entscheidung, daß das Handelsregister „im allgemeinen nur den Zweck der Feststellung und öffentlichen Kundbarmachung von Erklärungen habe, die über gewisse im kaufmännischen Verkehr wichtige tatsächliche oder rechtliche Verhältnisse abgegeben werden. Demgemäß seien die Einträge im Handelsregister ihrem inneren Wesen nach öffentliche Urkunden über „Erklärungen"..., nicht über die den Gegenstand einer Erklärung bildenden Tatsachen..."[8]).

Die vorstehend dargelegte Meinung des Reichsgerichts wird in der Literatur vor allem von Herbert Meyer[9]) vertreten. Dieser gibt aber keine nähere Begründung für seine Ansicht, sondern beschränkt sich darauf, auf die Ausführungen des Reichsgerichts[10]) Bezug zu nehmen und darauf hinzuweisen, daß das Reichsgericht seine Ansicht unter der Herrschaft des neuen HGB. nicht geändert habe.

Daß die Auffassung, durch die Eintragung im Handelsregister werde die Anmeldung einer Tatsache und nicht die Tatsache selbst beurkundet und kundgetan, unzutreffend ist, ergibt sich schon aus dem Wortlaut des HGB. In § 15 HGB., jener für die Regelung der Funktion der negativen Publizität des Handelsregisters so außerordentlich wichtigen Vorschrift,

5) RGZ. 1/242 ff. (243/244).
6) RGSt. 18/179 (180).
7) Goldt.Arch. 51/187.
8) Wobei von besonderer Bedeutung ist, daß die Entscheidung auch der nach der hier vertretenen Auffassung konstitutiven Eintragung des § 57, Abs. 1 G.m.b.H.-Ges. ebenfalls eine weitere Wirkung nicht zuerkennt.
9) RGZ. 1/242 ff.; RGSt. 18/179 ff.; RG. in Goldt.Arch. 51/187 f.
11) Vgl. hierzu unten Kap. I., Abschn. 3.

ist von „einzutragenden Tatsachen" die Rede. Diese Fassung des Gesetzes ergibt, daß in das Handelsregister nicht Erklärungen über Tatachen, sondern Tatsachen einzutragen und dortselbst der Oeffentlichkeit kundzutun sind.

Daß durch die Eintragung im Handelsregister eine Tatsache oder ein Rechtsverhältnis kundgetan werden soll, ergibt sich außer aus § 15 HGB. aus der Begründung, die für den Umfang des Prüfungsrechts und der Prüfungspflicht des Registerrichters gegeben wird[11]). Wenn z. B. das Prüfungsrecht und die Prüfungspflicht des Registerrichters damit begründet werden, daß es nicht angehe, daß der Anmeldende sich der staatlichen Autorität der Registerbehörde zur Eintragung von in einer Anmeldung enthaltenen angeblichen Tatsachen oder Rechtsverhältnissen bediene[12]), so geschieht das doch offenbar aus der Erwägung heraus, daß durch die Eintragung in das Handelsregister die Beurkundung einer Tatsache oder eines Rechtsverhältnisses erfolgt. Denn wenn durch die Eintragung ins Handelsregister lediglich die Abgabe einer Erklärung beurkundet würde, dann bestände für die Registerbehörde nicht der geringste Anlaß, sich um die Richtigkeit der Anmeldung in irgendeiner Weise zu kümmern[13]).

So wird denn auch in der Literatur durchweg angenommen, daß durch die Eintragung ins Handelsregister nicht eine Erklärung über eine Tatsache oder ein Rechtsverhältnis, sondern die Tatsache oder das Rechtsverhältnis selbst öffentlich kundgemacht wird[14]). Dahin geht auch die Auffassung des Kammergerichts[15]), das mitunter sehr deutlich darauf hinweist, daß der Zweck des Handelsregisters darin besteht, über Tatsachen und Rechtsverhältnisse dem Publikum Aufschluß zu geben[16]).

Die deklaratorische Eintragung stellt sich demnach als eine öffentliche Verlautbarung einer Tatsache oder eines Rechtsverhältnisses dar. Eine wirklich beachtliche Publizitätswirkung erlangt die Eintragung allerdings erst mit der nach den Vorschriften des HGB. (§ 10) bewirkten Bekanntmachung, da

12) Staub-Bondi, Anm. 10 im Exkurs zu § 8 HGB.
13) Staub-Bondi, Anm. 8 a im Exkurs zu § 8 HGB.
14) Staub-Bondi, Anm. 12 im Exkurs zu § 8 HGB.; Düringer-Hachenburg-Hoeniger, Anm. 3 in Vorbem. zu §§ 8 ff. HGB.; Göppert, Eintragungen in das Handelsregister von besonderer Eigenart, S. 11; Schlegelberger, Anm. 12 zu § 125 FGG.; Brand-Meyer zum Gottesberge, Registersachen, § 8, 1 und 4, S. 14 ff.
15) KG. in OLGR. 9/246 ff. (248); KGJ. 30 A 109 ff. (113) = RJA. 6/185 ff.; KGJ. 41 A 131 ff. (132).
16) Vgl. z. B. JFG. 1/200 ff. (202). Siehe vor allem § 9 HGB. in der Fassung des Gesetzes vom 20. VII. 33.

nunmehr ihr Inhalt vorbehaltlich des (sehr wenig praktischen!) Gegenbeweises jedem Dritten entgegengehalten werden kann. (§ 15 HGB.).

Zweiter Abschnitt:

Beweiswirkungen, Rechtsnatur und Ueberprüfbarkeit.

In den nachfolgenden Ausführungen sollen die Beweiswirkungen der deklaratorischen Eintragung untersucht werden. Ferner soll unter Herausstellung der verwaltungsrechtlichen Natur der Eintragung kurz zu der Frage Stellung genommen werden, ob und inwieweit die Eintragung im Falle des Bestreitens der in ihr verlautbarten Tatsachen oder Rechtsverhältnisse der Nachprüfung durch den Prozeßrichter unterliegt.

a) Beweiswirkungen.

Es ist davon auszugehen, daß die deklaratorische Eintragung eine öffentliche Urkunde darstellt, durch die eine Tatsache oder ein Rechtsverhältnis bekundet wird. Es handelt sich also um eine öffentliche Urkunde, die einen besonderen Charakter aufweist. Sie ist nämlich weder eine Urkunde über eine vor einer öffentlichen Behörde oder Urkundsperson abgegebene Erklärung (§ 415 ZPO.), noch enthält sie eine amtliche Anordnung, Verfügung oder Entscheidung (§ 417 ZPO.). noch werden in ihr irgendwelche Tatsachen bezeugt. (§ 418 ZPO.)[17]). Deshalb können die allgemein für die Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde geltenden Vorschriften der Zivilprozeßordnung auf die deklaratorische Eintragung nicht angewendet werden. Eine andere Frage ist, ob und inwieweit die deklaratorische Eintragung eine Vermutungswirkung begründet[18]).

b) Rechtsnatur und Ueberprüfbarkeit.

Nunmehr soll kurz auf die Frage eingegangen werden, ob und inwieweit der Prozeßrichter befugt ist, in eine Nachprüfung der Eintragung einzutreten, wenn die in ihr bekundeten Tatsachen oder Rechtsverhältnisse bestritten werden.

Daß der Prozeßrichter dem von dem Bestreitenden geführten Nachweis der Unrichtigkeit der in der Eintragung verlautbarten Tatsachen oder Rechtsverhältnisse stattzugeben hat

17) Förster-Kann (1913) Anm. 2 a zu § 415 ZPO.; Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts (1929), § 120, III 2 a, S. 381.
18) Siehe unten, 3. Abschnitt!

und somit die Eintragung überprüfen kann, ergibt sich nicht aus den Vorschriften der Zivilprozeßordnung, da es sich bei der deklaratorischen Eintragung, wie vorstehend dargelegt, nicht um eine gewöhnliche öffentliche Urkunde handelt. Die Frage der Ueberprüfbarkeit einer deklaratorischen Eintragung richtet sich nicht nach den Grundsätzen des Zivilprozeßrechts, sondern nach denjenigen des Verwaltungsrechts.

Es ist in der handelsrechtlichen Literatur noch viel zu wenig erkannt, daß die Eintragungen im Handelsregister einschließlich der Löschungen Verwaltungshandlungen sind[19]). „Die Führung des Handelsregisters gehört, trotzdem sie den Gerichten übertragen ist und der Beurkundung und Gestaltung von privatrechtlichen Verhältnissen dient, der Sphäre der Verwaltung an"[20]). Daraus folgt, daß die Eintragungen im Handelsregister nach den Grundsätzen des Verwaltungsrechts beurteilt werden müssen. Demgemäß ist die Frage, ob und inwieweit eine deklaratorische Eintragung der Nachprüfung durch den Prozeßrichter unterliegt, dahin zu beantworten, daß sie, wie jede Verwaltungshandlung rein bekundenden Inhalts, der uneingeschränkten Ueberprüfung durch andere Behörden unterliegt, also vom Prozeßrichter ohne Beschränkung nachgeprüft werden kann[21]) [22]).

Dritter Abschnitt.

Vermutungswirkungen.

Endlich ist noch auf die Frage einzugehen, ob und inwieweit die deklaratorische Eintragung eine Vermutung schafft. Allgemein[23]) wird die Auffassung vertreten, daß die deklaratorische Eintragung eine Vermutung für ihre Gesetzmäßigkeit begründet. Die Vermutung erstreckt sich auf sämtliche formellen Voraussetzungen, also auf die Zuständigkeit des Gerichts (§ 5 FGG.), die Berechtigung des Anmeldenden zur Anmeldung, seine Rechtsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit, fer-

19) Göppert, a. a. O. S. 10/11; Wieland, Handelsrecht, I, § 20 III, S. 223; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 26.

20) Göppert, a. a. O. S. 11.

21) Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, § 11, II 1, S. 238; Göppert, a. a. O. S. 11.

22) Eine Ausnahme stellt die Eintragung einer Firma nach § 1, Abs. 2 HGB. infolge der besonderen Bedeutung des § 5 HGB. dar. Vgl. unten Kap. III!

23) Vgl. z. B. Staub-Bondi, Anm. 16, 17, 7 im Exkurs zu § 8 HGB.; Schlegelberger, I 3 zu § 125 FGG.; Düringer-Hachenburg-Hoeniger, Anm. 3 in der Vorbem. zu §§ 8 ff. HGB.; vgl. auch RG. 41/20 ff.

24) Vgl. Staub-Bondi Anm. 7 im Exkurs zu § 8 HGB.

ner auf die Form der Anmeldung (§ 12 HGB.) sowie auf die Gesetzlichkeit und Vollständigkeit der Urkunden[24]). Weiterhin wird in der Literatur überwiegend angenommen, daß die deklaratorische Eintragung eine Vermutung für die Richtigkeit der in ihr bekundeten Tatsachen begründet[25]). Diese Vermutung bezieht sich nicht nur auf den Zeitpunkt, in dem die Eintragung erfolgt ist, sondern sie besteht solange, als nicht etwas anderes als erwiesen anzusehen ist[26]). Die Meinung, daß durch die Eintragung ins Handelsregister eine Vermutung für die Richtigkeit der in ihr verlautbarten Tatsachen begründet wird, darf auch als die der Praxis angesehen werden. So führt z. B. das Reichsgericht[27]) aus, daß, wenn die Eintragung auch nicht den Beweis liefere, „daß die tatsächlichen Angaben, auf denen sie beruht, der Wahrheit entsprechen, sie doch die Vermutung erzeuge, daß ihr Inhalt legal ist"[28]).

Diese Vermutungswirkungen rechtfertigen sich einmal durch die Erfahrungstatsache, daß die Anmeldungen zum Handelsregister in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle mit den Tatsachen übereinstimmen[29]), und zum anderen durch das Prüfungsrecht und die Prüfungspflicht des Handelsregisterrichters. Dieses ist, soweit es sich um das Recht und die Pflicht des Registerrichters, die formellen Voraussetzungen nachzuprüfen, handelt, so gut wie unbestritten[30]). Dagegen wird es verschieden beurteilt, ob dem Registerrichter in materieller Hinsicht ein Prüfungsrecht und eine Prüfungspflicht zusteht[31]).

---

25) Staub-Bondi, Anm. 16 im Exkurs zu § 8 HGB.; Brand-Meyer zum Gottesberge, Registersachen, § 8, Anm. 5 S. 16; Schlegelberger, Anm. 13 zu § 125 FGG.; unklar Düringer-Hachenburg-Hoeniger: vgl. einerseits Anm. 3 in Vorbem. zu §§ 8 ff. HGB. und andererseits Anm. 12 zu § 14.

26) Vgl. § 33 GBO. und den neu eingefügten Abs. III des § 9 HGB. (Gesetz zur Ergänzung des HGB. vom 20. VII. 1933, RGBl. I, S. 520).

27) RG. in JW. 1898 S. 202 (16).

28) Vgl. auch KGJ. 34 A 125 126 = OLGR. 14/158 ff.; vgl. auch KG. in OLGR. 9/246 ff. (248).

29) Brand-Meyer zum Gottesberge, Registersachen, § 8, Anm. 3, S. 15; Ehrenberg, Handbuch I, S. 622.

30) Vgl. z. B. Staub-Bondi, Anm. 7 im Exkurs zu § 8 HGB.; Schlegelberger, Anm. 11 und 2 zu § 127 FGG.; Düringer-Hachenburg-Hoeniger, Anm. 10 und 10 a zu § 14 HGB.

31) Staub-Bondi, Anm. 8, 8 a, 10 und 11 im Exkurs zu § 8 HGB.; und Schlegelberger, Anm. 11 und 3 zu § 127 FGG. nehmen grundsätzlich ein Prüfungsrecht und eine Prüfungspflicht des Registerrichters auch in materieller Hinsicht an. Dagegen werden die materielle Prüfungspflicht und das materielle Prüfungsrecht des Registerrichters grundsätzlich abgelehnt von Brand-Meyer zum Gottesberge, Register-

Das Prüfungsrecht und die Prüfungspflicht des Registerrichters bei der deklaratorischen Eintragung rechtfertigen sich schon daraus, daß nicht Erklärungen, sondern Tatsachen und Rechtsverhältnisse eingetragen werden, was die Ueberzeugung des Richters von der Richtigkeit dieser Tatsachen oder Rechtsverhältnisse voraussetzt. Dazu kommt noch, daß in Handelskreisen weitgehend die Ansicht verbreitet ist, daß die Eintragungen im Handelsregister eine gewisse Garantie für die Richtigkeit der in ihnen bekundeten Tatsachen bieten. Man würde den Interessen des Publikums schlecht dienen, wenn man jede Anmeldung, vorausgesetzt, daß sie den formellen Voraussetzungen des Registerrechts entspricht, ins Handelsregister eintrüge, selbst wenn berechtigte Zweifel an ihrer Richtigkeit bestünden oder gar ihre Unrichtigkeit klar zu Tage läge[32]). Aus diesen Erwägungen heraus nimmt auch die Praxis ein Prüfungsrecht und eine Prüfungspflicht des Registerrichters an[33]).

Daß die deklaratorische Eintragung eine Vermutung für ihre Gesetzmäßigkeit und Richtigkeit begründet, die sich durch bestimmte Erfahrungstatsachen und durch das Prüfungsrecht und die Prüfungspflicht des Registerrichters rechtfertigt, wird also in Literatur und Praxis durchweg nicht verkannt. Dagegen wird an kaum einer Stelle darauf hingewiesen, daß diese Wirkungen der Eintragung als einer Verwaltungshandlung nach den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts zukommen. Jede Verwaltungshandlung hat nämlich grundsätzlich die Vermutung der Rechtmäßigkeit und Gültigkeit für sich[34]). Die Vermutung der Rechtmäßigkeit bezieht sich auf die formellen Voraussetzungen, die Vermutung der Gültigkeit geht dahin, daß die Eintragung fehlerlos oder nur mit rechtlich unerheblichen Fehlern zustandegekommen ist, die sie weder als unwirksam noch als anfechtbar oder widerruflich erscheinen lassen[35]). Daraus folgt, daß die Vermutung sich auch auf die sachliche Richtigkeit erstreckt, da mangelnde sachliche Rich-

---

sachen, § 8, Anm. 3 S. 15, von Düringer-Hachenburg-Hoeniger, Anm. 12 zu § 14 HGB. und wohl auch von den Verfassern der Denkschrift (vgl. S. 12 u. 13), die allerdings für alle Zweifelsfälle und erst recht für alle Fälle offenkundiger Unrichtigkeit der Anmeldung Ausnahmen zulassen. A. A. Herbert Meyer, ZHR. 81/419/420.

32) Vgl. hierzu Staub-Bondi, Anm. 10, 11 im Exkurs zu § 8 HGB.

33) KGJ. 30 A 109 ff. (113) = RJA. 6/185 ff. (188); KGJ. 39 A 122 ff. (123); KGJ. 41 A 131 ff. (132); vgl. ferner noch KGJ. 46 A 161 ff. und JFG. 1924, S. 182 ff. und S. 200 ff.

34) Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, § 11, II 1, S. 238 und § 11, III 1, S. 253; Andersen, Ungültige Verwaltungsakte, § 7, S. 64.

35) Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, § 11, III, S. 252/253.

tigkeit die Möglichkeit der Aufhebung der Eintragung begründet (§ 142 FGG.), also keinen rechtlich unerheblichen Fehler darstellt.

Die vorstehenden Ausführungen erfahren eine sehr beachtenswerte Bestätigung durch die Reglung des § 33 GBO., vor allem aber durch die Bestimmung des neu eingefügten Absatz III des § 9 HGB., der zufolge „der Nachweis, wer der Inhaber einer in das Handelsregister eingetragenen Firma eines Einzelkaufmanns ist, Behörden gegenüber durch ein Zeugnis des Gerichts über die Eintragung geführt werden kann, und das gleiche von dem Nachweis der Befugnis zur Vertretung eines Einzelkaufmanns oder einer Handelsgesellschaft gilt"[36]).

36) Gesetz zur Ergänzung des Handelsgesetzbuchs vom 20. VII. 33 (RGBl. I S. 520).

Zweites Kapitel.

Die konstitutive Eintragung.

Erster Abschnitt:

Begriff und Wirkungen.

Auch der Begriff der konstitutiven Eintragung ist sehr umstritten.

In einer Reihe von Fällen knüpft das Gesetz an die bloße Eintragung bestimmte rechtliche Wirkungen. Das geschieht nicht aus der Erwägung heraus, zu näherer Ueberlegung zu veranlassen. Derartige vorbeugende Tendenzen, die im Bürgerlichen Recht eine bedeutende Rolle spielen, sind dem Handelsrecht fremd. Maßgebend ist vielmehr die Absicht, den Zeitpunkt des Beginns oder der Endigung eines Rechtsverhältnisses oder einer rechtlichen Eigenschaft genau festzulegen (vgl. z. B. § 123 HGB.) und zum anderen der Gesichtspunkt, bestimmte Haftungsverhältnisse klar zu fixieren (vgl. z. B. § 174 HGB.), kurz, die Interessen Dritter im Rechtsverkehr möglichst weitgehend wahrzunehmen[1]).

Zu den Eintragungen, denen das Gesetz eine besondere rechtliche Wirkung verleiht, gehören neben der weiter unten zu besprechenden Verwaltungsentscheidung des § 5 HGB. und den rechtsschaffenden Eintragungen der §§ 200, 320 HGB., 11 G.m.b.H.-Ges. die konstitutiven Eintragungen. Nach der Auffassung von Ehrenberg[2]), dem die herrschende Lehre folgt[3]), ist die konstitutive Eintragung die conditio sine qua non für den Eintritt einer bestimmten rechtlichen Wirkung. Das ist dahin zu verstehen, daß ein bestimmter Tatbestand eine bestimmte rechtliche Wirkung überhaupt nur dann zu entfalten vermag, wenn die Eintragung zu ihm hinzutritt. Außer der Eintragung müssen sämtliche sonstigen Voraussetzungen vorliegen. Andernfalls hat die Eintragung die Rechtswirkung nicht zur Folge. Die Eintragung besagt also nur, daß, wenn sämtliche sonstigen Voraussetzungen gegeben sind, im

1) Vgl. Ehrenberg, Handbuch I, § 51, II 3, S. 535.

2) Handbuch I, § 51, II 3, S. 535; § 58, I, S. 614/615; vgl. ferner Ehrenberg in Jherings Jahrbuch, 47/278.

3) Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts, § 30, II, Fußnote 1, S. 148; Staub-Bondi, Anm. 13 im Exkurs zu § 125 FGG.; Schlegelberger, Anm. I 2 zu § 125 FGG.; Düringer-Hachenburg-Hoeniger, Anm. 3 in Vorbem. zu §§ 8 ff. HGB.

Zeitpunkt ihrer Vornahme die im Gesetz bestimmte Rechtswirkung tatsächlich eingetreten ist.

Eine in diesem Sinne konstitutive Eintragung liegt in folgenden Fällen vor[4]):

1. Im Falle der §§ 277 HGB., 54 G.m.b.H.-Ges. Ein Generalversammlungs- bezw. Gesellschafterbeschluß, durch den der Gesellschaftsvertrag der AG. bezw. der G.m.b.H. abgeändert wird, tritt erst mit dem Zeitpunkt in Wirksamkeit, in dem der Beschluß in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft eingetragen wird.

2. Im Falle des § 287 HGB. Die Eintragung der erfolgten Erhöhung des Grundkapitals in das Handelsregister ist die Voraussetzung dafür, daß Aktien und Interimsscheine auf das zu erhöhende Kapital ausgegeben, und die Anteilsrechte an dem zu erhöhenden Kapital mit Wirksamkeit gegenüber der Gesellschaft übertragen werden können.

3. In den Fällen der §§ 304, Abs. 4, 306, Abs. 1 HGB. Im Falle der Verstaatlichung (§ 304, Abs. 1 HGB.) bezw. Fusion (§ 305, Abs. 1 HGB.) einer AG. tritt der Beschluß, daß eine Liquidation der verstaatlichten bezw. fusionierten AG. nicht stattfinden soll, erst in dem Zeitpunkt in Wirksamkeit, in dem er in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft (§ 304, Abs. 4; § 306, Abs. 1 HGB.) eingetragen wird.

4. Im Falle des § 30, Abs. 1 HGB. Die Eintragung ist die Voraussetzung dafür, daß eine Firma örtliche Ausschließlichkeit erlangt.

5. Im Falle der §§ 2, 3, Abs. 2 HGB. Ein gewerbliches Unternehmen, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, aber nicht auf den Betrieb eines Handelsgewerbes nach § 1, Abs. 2 HGB. gerichtet ist, wird erst in dem Zeitpunkt ein Handelsgewerbe, in dem die Firma des Unternehmers ins Handelsregister eingetragen wird. Entsprechendes gilt für den Fall des § 3, Abs. 2 HGB.[5]).

6. Im Falle des § 174 HGB. Ein Kommanditist kann die Herabsetzung seiner Einlage Dritten gegenüber überhaupt nur dann geltend machen, wenn sie im Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft eingetragen ist[6]). —

---

4) Vgl. hierzu Ehrenberg, Handbuch I, § 58, I, S. 614 ff.

5) Ueber die besondere Bedeutung, die der Eintragung einer Firma nach §§ 2, 3, Abs. 2 HGB. gemäß § 5 HGB. zukommt, vgl. unten Kap. III.

6) Die Eintragung einer AG., einer KGaA. und einer G.m.b.H. (§§ 200, 320 HGB., 11 G.m.b.H.-Ges.) wird von Ehrenberg und der herrschenden Lehre ebenfalls als eine konstitutive Eintragung hinge-

Gegenüber der von Ehrenberg und der herrschenden Lehre vertretenen Auffassung, der zufolge die konstitutive Eintragung die conditio sine qua non für den Eintritt einer bestimmten Rechtsfolge ist, erscheint es notwendig, den Begriff der konstitutiven Eintragung weiter zu fassen. Die konstitutive Eintragung ist schlechthin eine Voraussetzung für den Eintritt einer bestimmten Rechtsfolge[7]).

Diese Definition der konstitutiven Eintragung umfaßt einmal die Fälle, in denen die Eintragung tatsächlich die conditio sine qua non für den Eintritt einer bestimmten Rechtsfolge ist, zum andern aber auch die Fälle, in denen die Rechtsfolge auch noch auf Grund anderer Umstände eintreten kann, es also auch ohne die Eintragung geht. Es soll durchaus nicht verkannt werden, daß die Bezeichnung derartiger Eintragungen als konstitutive Eintragungen unzutreffend ist und leicht zu Mißverständnissen Anlaß geben kann, da der Ausdruck „konstitutiv (rechtserzeugend oder rechtsbegründend)" auf einen rechtsgestaltenden, rechtsschaffenden Charakter hinweist, der der konstitutiven Eintragung nicht zukommt. Man mag deshalb diesen Sprachgebrauch bedauern. Er hat sich jedoch für die von der herrschenden Lehre als „konstitutiv" bezeichneten Eintragungen so fest eingebürgert, daß er trotz aller Bedenken auch für den hier vertretenen weiteren Begriff der konstitutiven Eintragung beibehalten werden soll.

Die Fälle, in denen der konstitutiven Eintragung die Bedeutung einer conditio sine qua non für den Eintritt einer bestimmten Rechtsfolge zukommt, sind bereits oben aufgeführt worden. In den nachstehend angeführten Fällen einer konstitutiven Eintragung läßt zwar auch die Eintragung die Rechtsfolge eintreten, aber diese Rechtsfolge kann auch auf andere Weise herbeigeführt werden:

1. Die Eintragung der Firma einer OHG., die ihren Geschäftsbetrieb noch nicht aufgenommen hat, begründet die Wirksamkeit der OHG. im Verhältnis zu Dritten. (§ 123 HGB.). Es handelt sich hier aber nicht um einen Fall, in dem

---

stellt (vgl. z. B. Ehrenberg, Handbuch I, § 58, I a, S. 615). In Wirklichkeit handelt es sich um eine rechtsschaffende Eintragung. Vgl. unten Kap. IV!

7) Vgl. Göppert, a. a. O. S. 1, der die Auffassung vertritt, daß es nicht zum Begriff der konstitutiven Eintragung gehört, daß die Eintragung für eine bestimmte Rechtswirkung conditio sine qua non ist. Wieland, Handelsrecht, § 20, V 3, S. 234 nennt die hier als konstitutiv bezeichneten Eintragungen „rechtserzeugende" Eintragungen, während er von „konstitutiven" Eintragungen spricht, wenn die Eintragung conditio sine qua non für den Eintritt einer bestimmten Rechtswirkung ist.

der Eintragung konstitutive Wirkung zukommt. Die Eintragung hat nur die Wirkung, daß die Vereinbarung der Gesellschafter, daß die OHG. erst mit einem späteren Zeitpunkt als dem der Eintragung beginnen soll, Dritten gegenüber schlechthin unwirksam ist. (§ 123 HGB.).

2. Die Eintragung der auf Nichtigkeitsklage (§ 309 HGB.) durch Urteil ausgesprochenen Nichtigkeit einer AG. ins Handelsregister (§§ 309, 273, Abs. 1, 311, Abs. 1 HGB.) oder die Löschung einer AG. als nichtig (§ 144, Abs. 1 FGG.) ist eine Voraussetzung dafür, daß die AG. in den Zustand der Auflösung überführt wird[8]). Diese Rechtswirkung kann aber z. B. auch durch einen Beschluß der Generalversammlung der „nichtigen" AG. gemäß § 292, Abs. 1, Ziff. 2 HGB. herbeigeführt werden[9]).

3. Die Eintragung seiner nur kommanditistischen Beteiligung ins Handelsregister gibt dem Kommanditisten die Möglichkeit, die Beschränktheit seiner Haftung auf den Betrag der Einlage jedem Dritten gegenüber geltend zu machen. Dieselbe Rechtswirkung kann der Kommanditist auch dadurch erzielen, daß er dem Dritten die Kenntnis seiner nur kommanditistischen Beteiligung an der Gesellschaft nachweist. (§ 176 HGB.)

Die Meinung, daß der Eintragung nach § 176 HGB. konstitutive Bedeutung zukommt, wird in der Literatur wohl nur von Düringer-Hachenburg-Flechtheim vertreten[10]). Ihrer durchaus zu billigenden Auffassung nach ergibt sich die konstitutive Natur der Eintragung daraus, daß die Eintragung eine Voraussetzung dafür ist, daß der Kommanditist seine nur kommanditistische Haftung jedem Dritten gegenüber geltend machen kann. Wenn Düringer-Hachenburg-Flechtheim aber die Möglichkeit, die Beschränktheit der Haftung Dritten gegenüber geltend zu machen, davon abhängig machen, daß die Voraussetzungen des § 15 HGB. gegeben sind[11]), so ist das nicht zu billigen.

Die konstitutive Eintragung charakterisiert sich dadurch, daß sie eine Voraussetzung für den Eintritt einer bestimmten

---

8) Vgl. hierzu Göppert, a. a. O. S. 35/36; Brodmann, Aktienrecht, Anm. 1 b zu § 311.

9) Staub-Pinner, Anm. 6 zu § 292, Anm. 4 zu § 293 HGB.

10) Anm. 4 zu § 176 und Anm. 2 zu § 172 HGB.

11) Düringer-Hachenburg-Flechtheim, Anm. 4 zu § 176 HGB.; für die Anwendbarkeit des § 15 HGB. auch Wieland, Handelsrecht, § 71, V, S. 765, 766; Ritter, Anm. 2 d zu § 176 HGB. und Makower, Anm. I c zu § 176 HGB. Gegen die Anwendbarkeit des § 15 HGB. mit Recht die herrschende Meinung; vgl. z. B. Göppert, a. a. O., S. 6 ff., Staub-Pinner, Anm. 3 zu § 176 HGB.; wohl auch RG. 128/182.

Rechtswirkung ist. Diese Rechtswirkung tritt grundsätzlich mit der Eintragung ein. Ob sie aber einem Dritten gegenüber geltend gemacht werden kann, hängt allerdings grundsätzlich davon ab, ob der einzutragende Tatbestand, der auch die Eintragung mitumfaßt[12]), ordnungsmäßig bekanntgemacht ist oder dem Dritten als bekannt nachgewiesen werden kann. (§ 15, Abs. 1 HGB.). In diesem Falle hat dann der Dritte noch die Möglichkeit, den Nachweis zu führen, daß er den eingetragenen und bekanntgemachten Tatbestand nicht kannte und auch nicht kennen konnte. (§ 15 Abs. 2 HGB.)[13]).

Man nehme z. B. folgenden Fall. A., der gemäß § 2 HGB. seine Eintragung zum Handelsregister bewirkt hat, rügt eine ihm von B. gelieferte Ware. B. weist die Rüge als nicht fristgemäß zurück. A. muß diese Zurückweisung gegen sich gelten lassen, da er durch die bloße Eintragung Kaufmann geworden ist. (§ 2 mit § 377 HGB.). Wenn aber umgekehrt B. eine ihm von A. gelieferte Ware nicht unverzüglich rügt, so ist die Rüge trotzdem nicht nach § 377 HGB. verspätet, wenn die Bekanntmachung der Kaufmannseigenschaft des A. in dem Zeitpunkt, in dem die Ware einging, noch nicht erfolgt war, und A. dem B. auch keine Kenntnis nachweisen kann. A. kann seine Eigenschaft als Vollkaufmann dem B. gegenüber eben nur nach Maßgabe des § 15 HGB. geltend machen.

Auf den Fall des § 176 HGB. findet der § 15 HGB. indessen keine Anwendung. Das ergibt sich nicht nur aus dem Wortlaut, sondern auch aus dem Zweck des § 176 HGB., der darin besteht, den Kommanditisten durch die Festsetzung der „zivilrechtlichen Strafe"[14]) der unbeschränkten Haftung zur Bewirkung der Eintragung seiner nur kommanditistischen Beteiligung und damit zur Klarlegung seiner Haftungsverhältnisse zu veranlassen. Die in einem Teil der Literatur[15]) vertretene Auffassung, daß man den Kommanditisten deshalb unbeschränkt haften lassen müsse, weil er bis zu seiner Eintragung Dritten gegenüber als persönlich haftender Gesellschafter in die Erscheinung trete, ist vollkommen abwegig. Denn bis zu seiner Eintragung tritt der Kommanditist überhaupt nicht als Gesellschafter in die Erscheinung[16]). Die Eintragung kann also nicht den Zweck haben, einem Dritten die Vorstellung von

---

12) Göppert, a. a. O. S. 4; Ehrenberg, Handbuch I, § 59, I, S. 625.
13) Vgl. hierzu Göppert, a. a. O. S. 3.
14) RG. 128/181.
15) Vgl. z. B. Düringer-Hachenburg-Flechtheim, Anm. 4 zu § 176 HGB.
16) Vgl. §§ 164, 170 HGB.

der unbeschränkten Haftung des Kommanditisten zu nehmen. Für eine Anwendung des § 15 HGB. besteht kein Raum[17]).

Die mit der Eintragung verbundene Rechtswirkung kann vielmehr im Falle des § 176 HGB. vom Zeitpunkt der Eintragung ab uneingeschränkt geltend gemacht werden[18]). Ehrenberg[19]) mißt der Eintragung nach § 176 HGB. deshalb eine besondere, allerdings nicht konstitutive Wirkung bei, die er aus einer angeblichen Informationslast herleitet, die die Eintragung jedem Dritten auferlege. Göppert[20]) bezeichnet die Eintragung nach § 176 HGB. als einen Typ für sich, der weder als deklaratorisch noch als konstitutiv angesprochen werden könne. Konstitutive Bedeutung habe die Eintragung nach § 176 HGB. deswegen nicht, weil sie nur die Wirkung habe, die Beschränktheit der Haftung des Kommanditisten auf die Einlage auch Dritten gegenüber wirksam werden zu lassen.

Meines Erachtens genügt diese Rechtswirkung, um die Eintragung nach § 176 HGB. als eine konstitutive erscheinen zu lassen. Die Eintragung nach § 174 HGB. wird in der Literatur[21]) weitgehend als eine konstitutive Eintragung bezeichnet, obwohl die mit ihr verbundene Rechtswirkung geringer als diejenige ist, die der Eintragung nach § 176 HGB zukommt. Im Falle des § 176 HGB. hat die Eintragung die Bedeutung, daß die nach dem Gesellschaftsvertrag bestehende Beschränktheit der Haftung des Kommanditisten auf die Einlage vom Zeitpunkt der Eintragung ab jedem Dritten gegenüber ohne Einschränkung geltend gemacht werden kann. Im Falle des § 174 HGB. hat die Eintragung die Wirkung, daß die nach der Abänderung des Gesellschaftsvertrags eingetretene Herabsetzung der Haftsumme des Kommanditisten jedem Dritten gegenüber geltend gemacht werden kann, aber nur unter der sehr erheblichen Einschränkung, daß eine entsprechende Bekanntmachung erfolgt ist, oder der Nachweis der Kenntnis der Herabsetzung geführt werden kann. (§ 15 Abs. 1 HGB.). Ueberdies hat der Dritte die Möglichkeit, den Nachweis zu führen, daß er trotz Eintragung und Bekanntmachung die Herabsetzung der Haftsumme nicht kannte und auch nicht kennen konnte. (§ 15, Abs. 2 HGB.).

---

17) Vgl. die ausführliche Begründung bei Göppert, a. a. O. 6 ff.; 18 Staub-Pinner, Anm. 3 zu § 176 HGB.; Ehrenberg, Handbuch I, § 58 III 1 a, S. 620. Göppert, a. a. O. S. 7.

19) Handbuch I, § 58, III, S. 619.

20) a. a. O. S. 6 ff.

21) Düringer-Hachenburg-Flechtheim, Anm. 3 zu § 174 HGB.; Ehrenberg, Handbuch I, I A 3, S. 616; Wieland, Handelsrecht, § 71, VI, S. 767/768 mit § 20, V 3, S. 234; wohl auch Lehmann-Ring, Anm. 4 zu § 174. HGB. und Staub-Pinner, Anm. 2 zu § 174 HGB.

Da die Möglichkeit, die mit der Eintragung nach § 176 HGB. verbundene Rechtswirkung durch den Nachweis der Kenntnis der nur kommanditistischen Beteiligung herbeizuführen (§ 176 HGB.), nach der hier vertretenen Auffassung mit dem Wesen der konstitutiven Eintragung durchaus vereinbar ist, erscheint es angebracht, die Eintragung nach § 176 HGB. nicht als einen Typ für sich, sondern als eine konstitutive Eintragung zu betrachten.

4. Grundsätzlich hat die Eintragung der Haftsumme des Kommanditisten die Bedeutung, daß sich der Kommanditist jedem Dritten gegenüber auf die Beschränktheit seiner Haftung auf den Betrag der Haftsumme berufen kann. Das ergibt sich aus dem Zusammenhang der Bestimmung des § 172, Abs. 1 mit § 176 HGB.[22]). Insofern kommt der Eintragung der Haftsumme konstitutive Bedeutung zu. Der Eintragung nach § 172 HGB. kommt aber auch insofern konstitutive Bedeutung zu, als sich jeder Dritte dem Kommanditisten gegenüber auf den Betrag der eingetragenen Haftsumme berufen kann.

§ 172, Abs. 1 HGB. soll zunächst nur besagen, daß dem Dritten weder schaden noch nützen kann, was der Gesellschaftsvertrag bestimmt oder demnächst bestimmen wird, sondern daß er sich an das, aber auch nur an das halten kann, was der Registereintrag besagt. Eine besondere Anwendung dieses Grundsatzes gibt § 172, Abs. 3, eine Einschränkung zu Gunsten des Gläubigers § 172, Abs. 2 HGB. § 172, Abs. 1 HGB. ist also bestimmt, sowohl zu Gunsten wie zu Lasten des Dritten und des Kommanditisten klare Rechtsverhältnisse zu schaffen und zwar in weiterem Umfange, als das sonst geschieht. Der Kommanditist kann insbesondere dem Dritten nicht entgegenhalten, daß diesem im maßgebenden Zeitpunkt die vertragsmäßige Aenderung der Einlage bekannt gewesen sei.

Nach der Denkschrift (S. 56) wird auf die Eintragung abgestellt, weil es oft zweifelhaft sein kann, ob eine Aenderung nur das innere oder das äußere Verhältnis berührt. Um dies klarzustellen, ist die Eintragung für maßgebend erklärt. Nur im Falle der Erhöhung reicht die Bekanntgabe durch die Gesellschaft aus. So findet die Tatsache, daß es weder auf Kenntnis noch auf Unkenntnis des Dritten ankommt, ihre verständige Erklärung. Im übrigen aber muß diese Vorschrift im Rahmen der sonst geltenden Grundsätze ausgelegt werden. Deshalb kann eine unrichtige Eintragung (falsche Person, falsche

22) Düringer-Hachenburg-Flechtheim Anm. 2 zu § 172 HGB.

Summe), die der Eingetragene weder veranlaßt (in den Interessenbereich eines unbeschränkten Kreises (Müller-Erzbach) eingreifende Erklärung) noch schuldhaft hat fortbestehen lassen, gegen den Eingetragenen nicht geltend gemacht werden.

In diesem Zusammenhang sei bemerkt, daß mit Rücksicht auf die herrschende Auslegung des § 15 HGB.[23]) nicht darauf abgestellt werden kann, ob der Dritte mit Rücksicht auf die Eintragung gehandelt hat oder ob objektiv die Möglichkeit bestand, daß er mit Rücksicht auf die Eintragung gehandelt haben könnte.

Die Auffassung, daß der Eintragung nach § 172 HGB. insofern konstitutive Bedeutung zukommt, als jeder Dritte den Kommanditisten auf den als Haftsumme eingetragenen Betrag in Anspruch nehmen kann, wird in der Literatur von der überwiegenden Mehrzahl der Autoren[24]) vertreten. Ob die Eintragung mit der wirklichen Rechtslage übereinstimmt, und auf welchen Gründen die Nichtübereinstimmung beruht, sieht man als unerheblich an. Ausnahmsweise gewährt man eine exceptio doli für den Fall, daß der Dritte gewußt hat, daß die Registerbehörde den angemeldeten Betrag aus irgendwelchen Gründen falsch eingetragen hat[25]). Zu einem ähnlichen Ergebnis führt die Ansicht Ehrenbergs[26]), daß der Eintragung nach § 172, Abs. 1 HGB. öffentlicher Glaube zukomme, und die Meinung von Friese[27]), der den Umfang der Haftung des Kommanditisten unter dem Gesichtspunkt einer der Oeffentlichkeit gegenüber abgegebenen Erklärung bemißt.

5. Die Eintragung nach § 25, Abs. 2 HGB. hat, worauf auch Ehrenberg hinweist[28]), eine besondere Bedeutung. Ehrenberg rechnet sie allerdings nicht zu den konstitutiven Eintragungen, weil sie für den Eintritt der an sie geknüpften Rechtswirkung nicht conditio sine qua non sei. Das wäre indessen nach der hier vertretenen Auffassung kein Grund, sie nicht zu den konstitutiven Eintragungen zu rechnen. Wenn die Eintragung nach § 25 Abs. 2 HGB. aber auch hier nicht als konstitutive Eintragung, sondern als ein besonderer Typ, der weder als kon-

---

23) Vgl. Rauch, Grenzen der negativen Publizität des Handelsregisters.

24) Düringer-Hachenburg-Flechtheim, Anm. 2, 3 zu § 172 HGB.; Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, § 23, II 2, S. 56; Lehmann-Ring, Anm. 2 zu § 172 und Anm. 12 zu § 15 HGB.

25) Lehmann-Ring, Anm. 2 zu § 172 HGB.; s.auch Düringer-Hachenburg-Flechtheim, Anm. 3 zu § 172 HGB. und Wieland, Handelsrecht I, S. 768, Fußnote 46.

26) Handbuch I, § 58, III 1 b, S. 620.

27) JW. 1930, S. 3698 ff.

28) Handbuch I, § 58, I A 4, S. 616.

stitutiv noch als deklaratorisch bezeichnet werden kann, angesehen wird, so geschieht das aus folgenden Erwägungen[29]):

Die Bestimmung des § 25, Abs. 2 HGB. gewährt zwei Möglichkeiten, den im Falle der Fortführung des veräußerten Handelsgeschäfts unter der bisherigen Firma gemäß § 25, Abs. 1 HGB. grundsätzlich eintretenden Uebergang der Verbindlichkeiten und (oder) Forderungen auf den Erwerber zu vermeiden. Die eine Möglichkeit besteht in einer entsprechenden Mitteilung an den einzelnen Gläubiger oder Schuldner, mag sie durch den Veräußerer oder durch den Erwerber bewirkt werden. Die andere Möglichkeit besteht in einer Mitteilung an Alle, die im Wege der Bekanntmachung durch das Registergericht erfolgt. (§ 10 HGB.). Der Inhalt dieser Bekanntmachung wird vorher durch das Registergericht ins Handelsregister eingetragen.

Entscheidend ist, daß der Eintritt der im § 25, Abs. 2 HGB. bestimmten Rechtswirkung im Anschluß an die Mitteilung bezw. Bekanntmachung und nicht im Anschluß an die Eintragung erfolgt. Die Eintragung hat im Falle des § 25, Abs. 2 HGB. keine selbständige Rechtswirkung, sondern nur die Bedeutung, den Inhalt der Bekanntmachung zu bekunden. Von einer konstitutiven Wirkung kann also keine Rede sein. Das ergibt sich aus folgender Ueberlegung:

Das Wesen der konstitutiven Eintragung besteht darin, daß die von der Eintragung abhängige Rechtswirkung in dem Zeitpunkt eintritt, in dem die Eintragung bewirkt worden ist. Ob der eingetragene Tatbestand und die durch die Eintragung herbeigeführte Rechtsfolge einem Dritten gegenüber geltend gemacht werden können, hängt grundsätzlich davon ab, ob die Voraussetzungen des § 15 HGB. vorliegen. Derjenige, in dessen Angelegenheiten die Eintragung bewirkt worden ist, kann mithin einem Dritten den eingetragenen Tatbestand und die im Anschluß an die Eintragung eingetretene Rechtswirkung z. B. dann entgegenhalten, wenn er dem Dritten die Kenntnis des eingetragenen Tatbestandes nachweist. (§ 15 HGB.).

Auf den Fall des § 25, Abs. 2 HGB. angewandt, heißt das, daß sich der Erwerber eines Handelsgeschäfts einem Dritten gegenüber auf die in Abweichung von der grundsätzlichen Reglung des § 25, Abs. 1 HGB. getroffene Vereinbarung, der zufolge ein Uebergang der Verbindlichkeiten nicht stattfindet, berufen kann, wenn er dem Dritten nachweist, daß ihm eine dahingehende Vereinbarung bekannt gewesen sei. Diese

29) Vgl. zum folgenden Göppert, a. a. O., S. 2 ff.

Konsequenz steht aber zu der ausdrücklichen Bestimmung des § 25, Abs. 2 HGB. in Widerspruch, der zufolge es nicht genügt, daß dem Gläubiger eine von der Reglung des § 25, Abs. 1 HGB. abweichende Abmachung auf irgendeine Weise bekannt geworden ist, sondern eine ausdrückliche Mitteilung durch den Veräußerer oder Erwerber des Handelsgeschäfts erfordert wird[30]). Daraus folgt, daß der Eintragung nach § 25, Abs. 2 HGB. eine konstitutive Bedeutung nicht zukommt.

Daß es im Falle des § 25, Abs. 2 HGB. nicht auf die Eintragung, sondern auf die Bekanntmachung ankommt, ergibt sich vor allem noch aus folgender Erwägung:

Wenn über die zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber in Abweichung von § 25, Abs. 1 HGB. getroffene Vereinbarung Mitteilung an den einzelnen Gläubiger oder Schuldner ergeht, muß sie, wenn sie Dritten gegenüber wirksam sein soll, gleichzeitig mit oder doch unverzüglich nach der Uebernahme des Geschäfts erfolgen[31]), d. h. „in unmittelbarem Anschluß an den Erwerb und die Fortführung des Geschäfts"[32]). Für den Fall der Benachrichtigung dritter Personen im Wege der Eintragung und Bekanntmachung der Vereinbarung gilt nach herrschender Auffassung das Erfordernis der alsbaldigen Vornahme nicht für die Eintragung, sondern für die Bekanntmachung[33]). Auch daraus folgt, daß man der Eintragung nach § 25, Abs. 2 HGB. keine konstitutive Wirkung beimessen kann.

Ebensowenig hat die Eintragung nach § 25, Abs. 2 HGB. deklaratorische Bedeutung. Sie besagt nämlich für sich allein gar nichts, kann vielmehr nur in Verbindung mit der Bekanntmachung Bedeutung erlangen. Das ergibt sich ganz klar aus der bereits oben dargelegten Unanwendbarkeit des § 15 HGB.[34]).

Als Ergebnis der vorstehenden Ausführungen ist festzuhalten, daß die Eintragung nach § 25, Abs. 2 HGB. weder als eine deklaratorische noch als eine konstitutive Eintragung anzusehen ist, daß dieselbe vielmehr einen Typ für sich darstellt. Entsprechendes gilt für den Fall des § 28, Abs. 2 HGB.

---

30) Vgl. hierzu Staub-Bondi, Anm. 21 zu § 25 HGB. und Düringer-Hachenburg-Hoeniger, Anm. 26 zu § 25 HGB.

31) Staub-Bondi, Anm. 18 zu § 25 HGB.; Düringer-Hachenburg-Hoeniger, Anm. 26 zu § 25 HGB.

32) Staub-Bondi, Anm. 18 zu § 25 HGB.

33) Staub-Bondi, Anm. 18 zu § 25 HGB.; Düringer-Hachenburg-Hoeniger, Anm. 26 zu § 25 HGB.

34) Vgl. hierzu Staub-Bondi, Anm. 19 und Anm. 21 zu § 25 HGB.;

Zweiter Abschnitt:

Beweiswirkungen, Rechtsnatur und Ueberprüfbarkeit.

a) Beweiswirkungen.

Hinsichtlich der Beweiswirkungen der konstitutiven Eintragung ist davon auszugehen, daß die konstitutive Eintragung ein Verwaltungsakt ist, der unter bestimmten Voraussetzungen eine bestimmte Rechtswirkung zur Folge hat. Eine Anordnung, Verfügung oder Entscheidung (§ 417 ZPO.) ist in der konstitutiven Eintragung nicht enthalten. Ebensowenig wird in ihr die Abgabe einer Erklärung gegenüber einer öffentlichen Behörde oder Urkundsperson beurkundet (§ 415 ZPO.) oder irgendeine Tatsache bezeugt. (§ 418 ZPO.). Von der Anwendung der für die Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde geltenden Vorschriften der Zivilprozeßordnung kann infolgedessen nicht die Rede sein. Auf die Frage, ob und inwieweit die konstitutive Eintragung eine Vermutung begründet, wird weiter unten kurz eingegangen werden.

b) Rechtsnatur und Ueberprüfbarkeit.

Was die Frage angeht, ob und inwieweit der Prozeßrichter befugt ist, in eine Nachprüfung darüber einzutreten, ob die formellen und materiellen Voraussetzungen für die konstitutive Eintragung vorgelegen haben, ist der Charakter der konstitutiven Eintragung als eines Verwaltungsakts entscheidend. Die Ueberprüfbarkeit richtet sich also nach den Grundsätzen des Verwaltungsrechts. Die konstitutive Eintragung stellt einen Verwaltungsakt dar, der die Bestätigung eines bestimmten Tatbestandes enthält[35]). Nach den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts kann aber ein Verwaltungsakt, der eine Beurkundung, Bescheinigung oder Bestätigung enthält, grundsätzlich von jeder anderen Behörde, also auch von dem Prozeßrichter, ohne Beschränkung auf seine formellen und materiellen Voraussetzungen nachgeprüft werden[36]) [37]).

Düringer-Hachenburg-Hoeniger, Anm. 26 zu § 25 HGB.; Ritter, Anm. 6 zu § 25 HGB.

35) Huber, Verwaltungsarchiv, 37/20 ff.

36) Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, § 11, III, S. 238; Göppert, a. a. O., S. 12; Huber, Verwaltungsarchiv, 37/20/21.

37) Eine besondere Regelung gilt für die Eintragung einer Firma nach § 2, § 3, Abs. 2 HGB. Vgl. unten Kap. III!

Dritter Abschnitt:

Vermutungswirkungen.

Hinsichtlich der Vermutungswirkungen gilt für die konstitutive Eintragung im wesentlichen dasselbe wie für die deklaratorische Eintragung. Auch die konstitutive Eintragung begründet eine Vermutung für ihre Gesetzmäßigkeit in formeller und ihre Richtigkeit in materieller Hinsicht. Auch bei ihr beruhen diese Vermutungswirkungen vor allem auf dem Prüfungsrecht und der Prüfungspflicht der Registerbehörde, die übrigens entsprechend der stärkeren Bedeutung der konstitutiven Eintragung grundsätzlich etwas weitergehend sind[38]).

38) Vgl. hierzu oben Kap. I, Abschnitt 3.

Drittes Kapitel.

Die Eintragungs-Entscheidung des § 5 HGB.

Erster Abschnitt:

Der Stand der Meinungen über die Bedeutung des § 5 HGB.

Die Vorschrift des § 5 HGB. besagt, daß gegenüber demjenigen, der sich auf die Eintragung im Handelsregister beruft, nicht geltend gemacht werden kann, daß das unter der eingetragenen Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe oder kein Vollhandelsgewerbe sei.

Die Aufnahme dieser Bestimmung in das geltende HGB. erklärt sich daraus, daß man der infolge des Fehlens einer derartigen Bestimmung entstandenen Rechtsunsicherheit abhelfen wollte[1]). Es kann nämlich sehr zweifelhaft sein, ob ein Gewerbe ein Handelsgewerbe, oder ob ein Handelsgewerbe ein Voll- oder Minderhandelsgewerbe ist, und wenn man gegenüber demjenigen, der unter Berufung auf die Eintragung im Handelsregister die Eigenschaft des unter der eingetragenen Firma betriebenen Gewerbes als Vollhandelsgewerbe geltend macht, den Nachweis zuläßt, daß es sich nicht um ein Handelsgewerbe oder um ein Vollhandelsgewerbe handelt, so kann das leicht zu Folgerungen führen, mit denen der Betreffende, der sich auf die Eintragung beruft, nicht gerechnet hat, und die sich doch vielfach für ihn sehr unangenehm auswirken.

Ueber die Bedeutung und Wirkung des § 5 HGB. gehen indessen die Meinungen stark auseinander. Nach Ehrenberg[2]) kommt ihr heilende Wirkung zu. Diese äußert sich darin, daß bestimmte Voraussetzungen für die Eintragung einer Firma, die nicht vorhanden sind, als vorhanden gelten, nämlich die Eigenschaft des unter der eingetragenen Firma betriebenen Gewerbes als Handelsgewerbe bezw. als Vollhandelsgewerbe. Diese heilende Wirkung soll ihr aber im wesentlichen nur für die privaten Rechtsverhältnisse zukommen[3]).

---

1) Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs, S. 9.

2) Handbuch I. § 58, II. S. 617 ff.

3) Mit der Meinung Ehrenbergs stimmen die Auffassung von Düringer-Hachenburg-Geiler (vgl. insbes. Anm. 2 zu § 5 HGB.) und von Wieland (Handelsrecht I, § 20, V 4, S. 234/235) grundsätzlich überein.

Nach der Auffassung von Herbert Meyer[4]) hat die Eintragung nach § 5 HGB. rechtsscheinbegründende Wirkung. Die Eintragung einer Firma im Handelsregister, die trotz Nichtvorhandenseins eines Vollhandelsgewerbes besteht, erzeuge den Rechtsschein, als sei ein Vollhandelsgewerbe vorhanden. Dieser Rechtsschein habe eine besonders starke Wirkung. Nicht nur könne sich jeder Dritte ohne Rücksicht auf guten oder bösen Glauben darauf berufen, sondern auch derjenige, in dessen Angelegenheiten die mit den gesetzlichen Voraussetzungen nicht im Einklang stehende Firma eingetragen ist. Da es sich aber nur um den Rechtsschein eines Vollhandelsgewerbes und mithin der Vollkaufmannseigenschaft handle, bestehe die Möglichkeit, daß die Beteiligten sich darin einig würden, daß eine Berufung auf die Eigenschaft als Vollhandelsgewerbe und damit auch auf die Eigenschaft als Vollkaufmann nicht stattfinde. Das berechtige sie aber dazu, auf die Entscheidung der zwischen ihnen bestehenden Rechtsstreitigkeit die Anwendung des Bürgerlichen Rechts statt des Handelsrechts zu verlangen.

Nach Staub-Bondi besteht die Bedeutung und Wirkung der Eintragung nach § 5 HGB. darin, daß „jemand, dessen Firma eingetragen ist, ohne daß sein Gewerbe ein Handelsgewerbe ist, zwar kein Kaufmann ist, aber doch für das unter der Firma betriebene Gewerbe und für die Dauer der Eintragung in privatrechtlicher Hinsicht als Kaufmann gilt, und ferner, daß jemand, dessen Gewerbe ein Minderhandelsgewerbe ist, zwar kein Vollkaufmann ist, aber doch für das unter der Firma betriebene Gewerbe und für die Dauer der Eintragung in privatrechtlicher Hinsicht als solcher gilt"[5]).

Staub-Bondi sehen in der Eintragung nach § 5 HGB. eine „weitgehende und eigenartige rechtserzeugende (konstitutive)" Eintragung, die ihrer Auffassung nach eine Rechtsvermutung erzeugt, die dahin geht, daß nach dem Willen des Gesetzes ein fehlender Tatbestand ersetzt und vom Zeitpunkt der Eintragung an als vorhanden gelten soll. Auf diesen, oben dargelegten Tatbestand kann sich nicht nur jeder Dritte, ohne Rücksicht auf guten oder bösen Glauben, sondern auch der Eingetragene selbst berufen[6]). In ähnlicher Weise nimmt Karl Lehmann an[7]), daß die Eintragung nach § 5 HGB. für die Zeit ihrer Dauer eine unwiderlegliche Rechtsvermutung für die Vollkaufmannseigenschaft des Eingetragenen begründe.

4) ZHR. 81/393 ff.
5) Staub-Bondi, Anm. 3 zu § 5 HGB.
6) Vgl. Anm. 3 zu § 5 HGB.
7) Lehrbuch des Handelsrechts, § 18, 5, S. 84.

Zweiter Abschnitt:

Die Eintragungs-Entscheidung des § 5 HGB.

Erster Unterabschnitt:

Begriff und Inhalt der Eintragungs-Entscheidung.

Die vorstehend wiedergegebenen Meinungen über die Bedeutung und Wirkung der Eintragung einer Firma nach § 5 HGB. werden sämtlich dem Wesen dieser Eintragung nicht gerecht. Sie alle verkennen, daß es sich bei § 5 HGB. um eine Vorschrift verwaltungsrechtlichen Inhalts handelt[8]), wie sie nicht nur im HGB., sondern auch in anderen größeren privatrechtlichen Gesetzen verstreut vorkommen. Man denke nur an die Bestimmungen des BGB. über das Vereinsrecht oder das Güterrechtsregister, die weitgehend verwaltungsrechtlicher Natur sind. Die hier interessierende Vorschrift des § 5 HGB. zeichnet sich dadurch aus, daß sie der Verwaltungshandlung der Eintragung einer Firma ins Handelsregister einen besonderen verwaltungsrechtlichen Charakter verleiht[9]).

Von § 5 HGB. abgesehen, äußert die Eintragung einer Firma ins Handelsregister entweder nur deklaratorische (§ 1, Abs. 2 HGB.) oder konstitutive (§§ 2, 3, Abs. 2 HGB.) Wirkung. Nach den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts würde also für jede andere Behörde die Möglichkeit bestehen, den Verwaltungsakt der Eintragung der Firma in formeller wie in materieller Hinsicht einer Nachprüfung zu unterziehen[10]). Die Bedeutung des § 5 HGB. besteht darin, daß er im Interesse der Verkehrssicherheit die Ueberprüfbarkeit prinzipiell ausschließt.

Durch die Bestimmung des § 5 HGB. wird der Verwaltungsakt der Eintragung einer Firma, dem an sich nur die Bedeutung einer Feststellung oder Bestätigung zukommt, mit der Kraft einer Entscheidung ausgestattet. Ein Verwaltungsakt, der eine Entscheidung enthält, zeichnet sich von einer Verwaltungshandlung rein feststellenden oder bestätigenden Inhalts dadurch aus, daß er die in ihm enthaltene Feststellung oder Bestätigung mit einer bindenden, für alle Behörden maßgeblichen Wirkung trifft, und daß er grundsätzlich unüberprüfbar ist[11]). Eine Behörde kann eine solche Verwaltungs-Ent-

8) Vgl. Göppert, a. a. O., S. 10 ff.
9) Vgl. hierzu Göppert, a. a. O., S. 10 ff.
10 Vgl. oben Kap. I, 2. Abschnitt und Kap. II, 2. Abschnitt.
11) Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, (Dritte Auflage, 1931), § 11, II 3 c, S. 260.

scheidung also nur dann unbeachtet lassen, wenn sie sich als nichtig erweist. Da aber ein in der gesetzmäßigen Form und im vorgeschriebenen Verfahren von der zuständigen Behörde erlassener Verwaltungsakt nicht deshalb unwirksam ist, weil er nach den Umständen nicht hätte erlassen werden sollen, oder weil ihn die Behörde bei fehlerfreier Entscheidung nicht hätte erlassen wollen, so können ihm anhaftende sachliche Mängel nur in dem vorgeschriebenen Verfahren (Anfechtung, Widerruf etc.) und nicht etwa einredeweise geltend gemacht werden[12]). Nur außerordentlich schwere Sachmängel können die Verwaltungs-Entscheidung als nichtig und damit für eine Behörde unbeachtlich erscheinen lassen. Ein derart schwerwiegender Sachmangel ist bei der Eintragungs-Entscheidung des § 5 HGB. in dem Falle gegeben, daß unter der eingetragenen Firma überhaupt kein Unternehmen betrieben wird, die Eintragungs-Entscheidung also völlig in der Luft hängt[13]).

Die allgemein für die Verwaltungs-Entscheidung geltenden Grundsätze gelten auch für die Eintragungs-Entscheidung nach § 5 HGB. Diese geht dahin, daß die Eigenschaft des unter der eingetragenen Firma betriebenen Gewerbes[14]) als Vollhandelsgewerbe maßgeblich festgestellt wird. Diese Maßgeblichkeit äußert sich einmal darin, daß es für die Wirksamkeit der Eintragung nicht darauf ankommt, ob die Voraussetzungen der Eintragung sämtlich vorgelegen haben. Wenn die Voraussetzungen der Eintragung nicht sämtlich gegeben sind, so besagt das nur, daß die Eintragung nicht erfolgen darf, aber nicht, daß die trotzdem erfolgte Eintragung nicht wirkt. Zum andern äußert sich die Maßgeblichkeit der Eintragungs-Entscheidung darin, daß, solange die Eintragung besteht, gegenüber demjenigen, der sich auf die Eintragung des unter der eingetragenen Firma betriebenen Unternehmens als Vollhandelsgewerbe beruft, nicht geltend gemacht werden kann, daß es sich nicht um ein Handelsgewerbe oder Vollhandelsgewerbe handle. Insoweit bindet die Eintragung für das Rechtsgebiet, auf dem sie ergangen ist, sämtliche Behörden. Daß man der Eintragung eine derart starke Rechtswirkung beilegen kann, erklärt sich daraus, daß durch das Prüfungsrecht und durch die Prüfungspflicht des durch die Industrie- und Han-

12) W. Jellinek, Verwaltungsrecht, (3. Aufl., 1931), § 11, IV 1, S. 269 und bes. § 11, IV 1 d, S. 277.

13) Näheres s. weiter unten!

14) in Wirklichkeit Unternehmens! S. unten!

15) Staub-Bondi, Anm. 3 zu § 5 HGB.; Düringer-Hachenburg-Geiler, Anm. 4 zu § 5; v. Gierke, Handelsrecht, § 13, II 2 c, S. 60; Hueck, Der Scheinkaufmann, im Archiv für Bürgerliches Recht, 43/421; Herbert Meyer, ZHR. 81/397/398.

delskammer unterstützten (§ 126 FGG.) Handelsregisterrichters eine gewisse Garantie dafür geschaffen wird, daß die Eintragung mit der Wirklichkeit übereinstimmt. Die oben dargestellte Wirkung der Eintragungs-Entscheidung ist in § 5 HGB. zivilprozessual ausgedrückt. Der hierbei vom Gesetz verwendete Ausdruck des Sichberufens gibt allenthalben zu Unklarheiten Anlaß, die sich vor allem daraus erklären, daß man sich über den verwaltungsrechtlichen Charakter des § 5 HGB. nicht klar ist und deshalb den eigenartigen Wortlaut dieser Vorschrift nicht recht zu deuten vermag. Da man vielmehr von zivilistischen Vorstellungen ausgeht und infolgedessen geneigt ist, es mit dem Wortlaut streng zu nehmen, verlangt man durchweg[15]), daß ein Beteiligter sich auf die Eintragung beruft, d. h. durch sein Verhalten zu erkennen gibt, daß er der Eintragung rechtliche Erheblichkeit beilegt. Diese Auffassung kann zu sonderbaren Ergebnissen führen.

Nach der von der herrschenden Lehre vertretenen Auffassung darf der Prozeßrichter die Eintragung einer Firma nicht von Amts wegen berücksichtigen. Wenn also in einem Prozeß keiner der Beteiligten sich auf die Eintragung beruft, die Eintragung aber gerichtskundig ist (§ 291 ZPO.), dann darf der Richter also nicht davon ausgehen, daß das unter der eingetragenen Firma betriebene Unternehmen die Eigenschaft eines Vollhandelsgewerbes und sein Inhaber die Eigenschaft eines Vollkaufmanns hat. Dieses Ergebnis ist umso unverständlicher, wenn man bedenkt, daß die Eintragung durchaus nicht im Widerspruch zu den Tatsachen zu stehen braucht, und in jedem Falle eine Vermutung dafür, spricht, daß der Inhalt der Eintragung der Wirklichkeit entspricht[16]).

Das mag genügen, um die Unhaltbarkeit der von der herrschenden Lehre vertretenen Auffassung darzutun[17]). Man muß sich darüber klar sein, daß das HGB. kein so sorgfältig redigiertes Gesetz wie das BGB. ist, und sein Wortlaut deshalb nicht zu streng ausgelegt werden darf[18]). Es hat durch seinen gewiß wenig glücklich gefaßten Wortlaut den Charakter der Eintragungs-Entscheidung herausstellen wollen, auf die sich ohne Rücksicht auf guten oder bösen Glauben nicht nur jeder Dritte, sondern auch der Eingetragene selbst „berufen" können soll[19]).

16) Vgl. oben Kap. I. 3. Abschnitt und Kap. II. 3. Abschnitt.

17) Gegen die herrschende Lehre Göppert, a. a. O., S. 14 ff.; mit sehr treffenden Beispielen Martin Wolff, a. a. O. S. 138 ff. und Ehrenberg, Handbuch II, § 10, III B 2. S. 138/139.

18) Göppert, a. a. O., S. 15; Ritter, Anm. 5 zu § 5 HGB.

19) Göppert, a. a. O., S. 15.

Man tut dem Wortlaut des Gesetzes auch dann Gewalt an, wenn man gegenüber demjenigen, der sich auf die Eigenschaft des unter der eingetragenen Firma betriebenen „Gewerbes" als Vollhandelsgewerbe beruft, den Nachweis für zulässig erklärt, daß es sich nicht um ein Gewerbe, sondern um ein nichtgewerbliches Unternehmen handelt[20]).

Gegen diese Auffassung ist zunächst einzuwenden, daß es nicht gerade dem Zweck des § 5 HGB., die Verkehrssicherheit zu fördern, entspricht, wenn man einen derartigen Nachweis für zulässig erklärt. Denn es ist unter Umständen sehr schwierig, den Unterschied zwischen einem Gewerbe und einem nichtgewerblichen Unternehmen zu ziehen, zumal es an einer gesetzlichen Definition des Gewerbebegriffs fehlt. Dazu kommt, daß das innere Begriffsmerkmal des Gewerbes, die Erwerbsabsicht, leicht zu Irrtümern Anlaß geben kann. Schon aus diesen Zweckmäßigkeitserwägungen heraus ist die herrschende Lehre abzulehnen[21]).

Die Ablehnung ergibt sich aber auch aus rechtlichen Gründen. Wenn man bei der Auslegung des Gesetzes davon ausgeht, daß es sich bei § 5 HGB. um eine Eintragungs-Entscheidung handelt, durch die die Eigenschaft des unter der eingetragenen Firma betriebenen Gewerbes als Vollhandelsgewerbe maßgeblich festgestellt wird, so erscheint es selbstverständlich, daß der § 5 HGB. schon dann Anwendung findet, wenn unter der eingetragenen Firma irgendein, wenn auch nicht gewerbliches Unternehmen betrieben wird. Es wäre völlig unverständlich, wenn die Eintragungs-Entscheidung zwar das Vorhandensein eines Vollhandelsgewerbes und eines Handelsgewerbes, nicht aber auch das Bestehen eines Gewerbes maßgeblich feststellte. Der Nachweis, daß das unter der eingetragenen Firma betriebene Unternehmen kein Gewerbe ist, wird also durch die Eintragungs-Entscheidung ausgeschlossen. Die Anwendung des § 5 HGB. entfällt nur dann, wenn der Nachweis geführt wird, daß unter der eingetragenen Firma überhaupt kein Unternehmen[22]) irgendwelcher Art betrieben wird[23]).

---

20) So Staub-Bondi Anm. 2 zu § 5 HGB.; Düringer-Hachenburg-Geiler, Anm. 5 zu § 5 HGB.; Ritter Anm. 4 zu § 5 HGB.; Makower, Anm. II c zu § 5 HGB.

21) Vgl. insbes. Ehrenberg, Handbuch II, § 10 c, I, S. 133 ff.

22) Ein Unternehmen liegt auch nicht vor, „wenn der Betrieb des Unternehmens nicht „rechtsgültig" ist" (Göppert, a. a. O., S. 16); s. auch Staub-Bondi, Anm. 2 zu § 5 HGB.

23) Göppert, a. a. O. S. 16 ff.; Ehrenberg, Handbuch II, § 10, I, S. 133 ff.; Wieland, Handelsrecht I, § 13, III 3 b, S. 124; v. Gierke,

Zweiter Unterabschnitt:

Tragweite der Eintragungs-Entscheidung.

Die Eintragungs-Entscheidung des § 5 HGB. wirkt sich auf dem Rechtsgebiet aus, für das sie ergangen ist. Der Tätigkeitsbereich, innerhalb dessen der Registerrichter sie erlassen hat, umfaßt aber die Bekundung, Abänderung und Gestaltung von privaten Rechtsverhältnissen, also im wesentlichen nur das Gebiet des Privatrechts. Daraus folgt für die Tragweite der Eintragungs-Entscheidung, daß sie nur, aber auch stets dann zur Geltung kommt, „wenn es auf die privatrechtliche Rechtslage ankommt"[24]). Insoweit ist ihr Inhalt für alle Behörden bindend, und kann von einer Nachprüfung ihrer Voraussetzungen nicht die Rede sein. Handelt es sich dagegen um ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis, für das die Eigenschaft eines Unternehmens als Vollhandelsgewerbe erfordert wird, ohne daß die private Rechtslage dabei eine Rolle spielt, so versagt die Kraft der Eintragungs-Entscheidung, und jede Behörde ist berechtigt, die wirkliche Rechtslage festzustellen und zu berücksichtigen[25]). Dies soll an Hand einiger Beispiele näher dargestellt werden.

Die privatrechtliche Rechtslage ist z. B. entscheidend für die Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen. (§ 95 GVG.) Aus diesem Grunde ist der Prozeßrichter hier an die Eintragung gemäß § 5 HGB. gebunden. Beantragt z. B. der Beklagte im Falle des § 98, Abs. 1, S. 1 GVG. die Verweisung des Rechtstreits an die Kammer für Handelssachen, so hat das Gericht dem Antrag stattzugeben, wenn die Firma des Beklagten im Handelsregister eingetragen ist, es sei denn, daß der Kläger beweist, daß unter dieser Firma ein Unternehmen nicht betrieben wird.

Anders ist es dagegen prinzipiell in dem Falle, daß der Strafrichter oder der Prozeßrichter darüber zu entscheiden hat, ob eine Person, für deren Unternehmen im Handelsregister eine Firma eingetragen ist, ihre Buchführungs- oder Bilanzierungspflicht verletzt hat. (§ 239, Nr. 3; § 240, Nr. 3, 4 KO.). Denn bei der dem Staat gegenüber zu erfüllenden Buchführungs- und Bilanzierungspflicht handelt es sich um ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis, bei dem eine private Rechtslage keine Rolle spielt. Der Strafrichter oder der Prozeßrich-

---

Handelsrecht, § 13, II 4, S. 60; Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht, Kap. 15, II, S. 63.

24) Göppert, a. a. O., S. 18.

25) Vgl. hierzu Göppert, a. a. O., S. 10 ff.

ter hat also nachzuprüfen, ob der Angeklagte wirklich Vollkaufmann ist[26]).

Ebensowenig hat die Eintragungs-Entscheidung des § 5 HGB. für das handwerkliche oder kaufmännische Organisationsrecht Bedeutung. Auch hier handelt es sich nämlich um Rechtsverhältnisse, die rein öffentlich-rechtlicher Natur sind. Eine Person, für deren Unternehmen eine Firma im Handelsregister eingetragen, und die deshalb nach herrschender Lehre als Nichthandwerker anzusehen ist, kann trotzdem als Handwerker in die Handwerkerrolle eingetragen werden. Ebenso sind die Verwaltungsbehörden nicht gehindert, auszusprechen, daß eine Person, die im Handelsregister eingetragen ist, nicht zu Handelskammerbeiträgen herangezogen werden kann, weil sie nicht Kaufmann sei[27]). Ebensowenig kommt die bindende Wirkung der Eintragungs-Entscheidung den Steuer- oder Registerbehörden gegenüber zur Geltung[28]).

Es trifft indessen nicht zu, daß z. B. der Strafrichter nie an die Entscheidung des § 5 HGB. gebunden sei, sondern stets das Recht habe, die materielle Wahrheit zu ermitteln[29]). Der Strafrichter, — und das gilt in gleicher Weise auch von jeder anderen Behörde! —, ist stets an den Inhalt der Eintragung gebunden, wenn es sich um die Eigenschaft eines Unternehmens als Vollhandelsgewerbe handelt, und es in diesem Zusammenhang auf die privatrechtliche Rechtslage ankommt. Wenn es z. B. in einem Strafprozeß eine Rolle spielt, ob jemand, der zwar das Nichteigentum des Veräußerers kannte, aber an dessen Verfügungsbefugnis glaubte, das Eigentum an einer Sache erworben hat, so ist für die Beurteilung dieser Frage auch für den Strafrichter die Eintragung im Handelsregister maßgebend[30]). (§ 5 mit § 366 HGB.)

Ebenso unzutreffend ist es aber auch, daß der Prozeßrichter stets an die Eintragungs-Entscheidung gebunden sei. Wenn es sich um ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis handelt, bei dem eine private Rechtslage nicht in Frage steht, so kann auch der Zivilrichter in eine Nachprüfung darüber eintreten, ob die Eintragung der wirklichen Rechtslage entspricht. Man denke beispielsweise nur an den Fall, daß er in einem Prozeß

---

26) Göppert, a. a. O., S. 19/20; Staub-Bondi, Anm. 4 zu § 5 HGB.; Düringer-Hachenburg-Geiler, Anm. 11 zu § 5 HGB.

27) Göppert, a. a. O., S. 21/22; vgl. auch Düringer-Hachenburg-Geiler, Anm. 1 zu § 1 HGB.

28) Düringer-Hachenburg-Geiler, Anm. 13 zu § 5 HGB.; Staub-Bondi, Anm. 4 zu § 5.

29) Vgl. z. B. Staub-Bondi, Anm. 4 zu § 5 HGB.

30) Göppert, a. a. O., S. 20.

zu der Frage Stellung nehmen muß, ob eine im Handelsregister eingetragene Partei buchführungspflichtig ist[31]).

Mitunter läßt das Gesetz eine bestimmte Rechtsfolge eintreten, wenn für den Inhaber eines Unternehmens eine Firma im Handelsregister eingetragen ist, ohne daß der Eintragung der Firma die Bedeutung einer Entscheidung zukäme. Die Rechtswirkung knüpft vielmehr an den äußeren, rein registermäßigen Tatbestand an. So ist es z. B. im Falle des § 8 des Gesetzes betr. die Abzahlungsgeschäfte, wo es heißt, daß die Bestimmungen dieses Gesetzes keine Anwendung finden, wenn der Empfänger der Ware als Kaufmann im Handelsregister eingetragen ist[32]). Ebenso verhält es sich mit der Fähigkeit, zum Handelsrichter ernannt zu werden (§ 109 GVG.), die auch an den registermäßigen Tatbestand der Eintragung im Handelsregister anknüpft[33]).

Dritter Abschnitt:

Beweis- und Vermutungswirkungen.

Soweit die in der Eintragung nach § 5 HGB. enthaltene Verwaltungsentscheidung reicht, ist der Inhalt der Eintragung für den Prozeßrichter und jede andere Behörde schlechthin bindend. Im übrigen kann von einer Anwendung der allgemein für die Beweiskraft öffentlicher Urkunden geltenden Vorschriften der Zivilprozeßordnung, insbesondere des § 417 ZPO., wegen der ausgeprägten Eigenart, die der in der Eintragung nach § 5 HGB. enthaltenen Verwaltungsentscheidung zukommt, nicht die Rede sein. Wohl begründet die Eintragung als Verwaltungsakt eine Vermutung für ihre Gesetzmäßigkeit und Richtigkeit. Deshalb trägt z. B. derjenige, der behauptet, daß unter der im Handelsregister eingetragenen Firma ein Unternehmen nicht betrieben werde, für diese Behauptung die Beweislast[34]).

---

31) Göppert, a. a. O., S. 19/20.
32) Göppert, a. a. O., S. 18.
33) Göppert, a. a. O., S. 18/19; Düringer-Hachenburg-Geiler, Anm. 11 zu § 5 HGB.
34) Ehrenberg, Handbuch II, § 10, II C 1, S. 141; vgl. auch Staub-Bondi, Anm. 7 zu § 5 HGB.

Viertes Kapitel.

Die Eintragung als schaffender Staatsakt.

Erster Abschnitt:

Schaffender Staatsakt und konstitutive Eintragung.

Der Eintragung eines Vereins ins Vereinsregister (§ 21 BGB.) und der Eintragung einer Aktiengesellschaft ins Handelsregister (§ 200 HGB.) kommt eine ganz besonders starke Rechtswirkung zu. Das gleiche gilt von der Eintragung einer Kommanditgesellschaft auf Aktien (§320 HGB.), einer GmbH. (§ 11 G.m.b.H.-Ges.) und einer Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft (§ 13 GenGes.)[1]). Vielfach hat man die besondere Bedeutung dieser Eintragung noch nicht erkannt. Denn man stellt sie mit ganz anders gearteten, weit schwächeren Eintragungen auf gleiche Stufe[2]) und schreibt ihr in bestimmten Fällen irrigerweise heilende Wirkung zu[3]). Mitunter hat man zwar ihre besonders starke Wirkung erkannt, aber man bringt das äußerlich nicht zum Ausdruck, insofern man auch hier von einer konstitutiven („rechtsbegründenden") Wirkung spricht[4]). Es soll gewiß nicht verkannt werden, daß der Ausdruck „konstitutiv" an und für sich hier durchaus am Platze ist. Denn die Eintragung ist ein staatlicher Hoheitsakt, „der der selbständige Entstehungsvorgang für eine privatrechtliche Rechtslage ist"[5]), also etwas „konstituiert". Aber der Begriff der konstitutiven Eintragung hat sich nun einmal für eine andere Art von Eintragungen[6]) fest eingebürgert, und deshalb erscheint es zweckmäßig, die hier in Frage stehenden Eintragungen" schaffende Eintragungen" zu nennen[7]), eine Bezeichnung, die ihrem Wesen ja auch durchaus gerecht wird.

Zweiter Abschnitt:

Die Eintragung eines Vereins ins Vereinsregister (§ 21 BGB.) als Schaffender Staatsakt.

Wenn hier zunächst auf die Eintragung eines Vereins ins Vereinsregister eingegangen wird, so geschieht das deshalb,

1) Göppert, a. a. O., S. 24/25.
2) Staub-Bondi, Anm. 13 im Exkurs zu § 8 HGB.
3) Ehrenberg, Handbuch I, § 58, II, S. 617 ff.; Düringer-Hachenburg-Hoeniger, Anm. 3 in der Vorbem. zu §§ 8 ff. HGB.
4) Cosack, Lehrbuch, § 26, I 2 a, S. 76 und § 3, VI 2, S. 7.
5) Göppert, a. a. O., S. 26.
6) Vgl. oben Kap. II!
7) Göppert, a. a. O., S. 25.

weil im Gegensatz zum Aktienrecht im Vereinsrecht über die Bedeutung der Eintragung eines Vereins als schaffenden Staatsakts durchweg Klarheit besteht, und Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich der Wirkung der Eintragung, insbesondere im Falle des Mangels irgendwelcher gesetzlicher Voraussetzungen derselben, im wesentlichen nicht bestehen.

Durch die Eintragung des Vereins ins Vereinsregister entsteht der Verein als solcher. Die Erlangung der Rechtsfähigkeit ist also an den von der Registerbehörde vorgenommenen staatlichen Hoheitsakt der Eintragung geknüpft. Die Frage ist, ob der Verein mit der Eintragung auch dann als juristische Person zur Entstehung gelangt, wenn die im Gesetz bestimmten Voraussetzungen der Eintragung nicht vollständig vorliegen, insbesondere wesentliche Voraussetzungen fehlen. Diese Frage wird in Literatur und Praxis durchweg bejaht[8]). Und das mit Recht. Denn daß bestimmte Voraussetzungen vorliegen, ist die Bedingung dafür, daß die Eintragung des Vereins ins Vereinsregister erfolgen darf, aber nicht dafür, daß sie wirkt. Auch der Verein, der eingetragen worden ist, obwohl wesentliche Voraussetzungen für die Eintragung fehlten, ist rechtswirksam zur Entstehung gelangt und bleibt solange bestehen, bis er auf dem im Gesetz bestimmten Wege der Löschung beseitigt wird (§§ 159, 142, 143 FGG.). Dabei kann ein Mangel der gesetzlichen Voraussetzungen der Eintragung nur in dem im Gesetz bestimmten Verfahren und nur gegenüber den im Gesetz bestimmten Behörden geltend gemacht werden[9]).

Für die Richtigkeit der hier vorgetragenen Auffassung spricht der Sinn und der Zweck des Gesetzes. Wie aus der Entstehungsgeschichte des § 21 BGB. hervorgeht[10]) hat man sich bei der Beratung dieser Vorschrift deshalb gegen das System der freien Körperschaftsbildung und für das sog. System der Normativbestimmungen entschieden, weil man den Eintritt der Rechtsfähigkeit des Vereins an den für jeden Dritten klar erkennbaren und jederzeit nachweisbaren Akt der Eintragung ins

---

8) Vgl. für die Rechtsprechung vor allem RG. 81/206 ff., ferner RG. in JW. 1921, S. 1527; für die Literatur: Göppert, a. a. O., S. 24 ff.; Walter Jellinek, Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen, S. 157; E. R. Huber, Die Nichtigkeit der Handelsgesellschaften und ihrer Beschlüsse in verwaltungsrechtlicher Betrachtung, im Verwaltungsarchiv, 37/1 ff.; Staudinger-Loewenfeld, Anm. B VII 2, zu § 21 BGB.; Kommentar von RGR. zum BGB., Anm. 3 zu § 21 BGB.; Planck, Anm. 5 zu § 21 BGB.

9) Hellwig Grenzen der Rückwirkung, S. 28 ff.; Göppert, a. a. O., S. 24 ff.

10) Vgl. z. B. Motive, Band 1, S. 88 ff.; Protokolle, Band 1, S. 494 ff.

Vereinsregister knüpfen wollte. Denn bei der sehr verschiedenen Natur des rechtsfähigen Vereins und etwa der Gesellschaft Bürgerlichen Rechts ist es nicht nur für die Beziehungen der Vereinsmitglieder zum Vereinsvermögen, sondern ganz besonders für Dritte wichtig, daß vollkommene Klarheit über die Natur des Rechtsgebildes, zu dem sie in Beziehungen treten wollen, geschaffen wird. Sinn und Zweck des § 21 BGB. ist es also offenbar, durch die Eintragung des Vereins ins Vereinsregister jeden Zweifel über die Rechtsfähigkeit des Vereins zu beseitigen[11]).

Dem Sinn und dem Zweck des Gesetzes entspricht es aber nicht, den Eintritt der Rechtsfähigkeit nicht an die bloße Eintragung ins Vereinsregister zu knüpfen, sondern noch von einer Reihe anderer, als wesentlich erachteter Vorbedingungen abhängig zu machen und die Prüfung der Frage, ob diese vorliegen, einem Gericht oder einer Behörde zu überlassen, die in irgendeiner, vielleicht sehr nebensächlichen Angelegenheit des Vereins zu entscheiden hat. Denn in diesem Falle besteht die Möglichkeit, daß das eine Gericht oder die eine Behörde den Verein für rechtsfähig erklärt, die andere dagegen nicht, oder daß auch dasselbe Gericht oder dieselbe Behörde in dem einen Fall zu einer anderen Entscheidung kommt als in dem anderen. Diese Möglichkeit ist umso größer, als man über das Vorliegen einer sehr wesentlichen Voraussetzung, nämlich ob der Vereinszweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, sehr leicht verschiedener Meinung sein kann. Unter diesen Umständen wäre das im Gesetz angestrebte Ziel, die Verkehrssicherheit zu garantieren, sehr in Frage gestellt. Der Verkehrssicherheit ist nur dann wirksam gedient, wenn man für die Frage, ob ein Verein rechtsfähig ist oder nicht, allein den Akt der Eintragung ins Vereinsregister entscheidend sein läßt[12]).

Daß es für die Erlangung der Rechtsfähigkeit ausschließlich auf die Eintragung ankommt, folgt auch aus dem Wortlaut des Gesetzes. Der § 21 BGB. knüpft den Eintritt der Rechtsfähigkeit nicht an irgendwelche Vorbedingungen, nicht einmal an das Vorliegen eines nichtwirtschaftlichen Vereinszwecks, sondern lediglich an die Eintragung. Das bestätigt ein Vergleich mit dem ganz ähnlich gefaßten § 22 BGB. Im Falle des § 22 BGB. erlangt ein Verein, dessen Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, die Rechtsfähigkeit im Anschluß an die staatliche Verleihung. Daß nach erfolgter Ver-

11) Vgl. RG. 81/209.
12) Vgl. RG. 81/209 und 210.

leihung irgendwelche Mängel der sachlichen Voraussetzungen keine Rolle spielen, ist nahezu allgemein anerkannt. Was aber im Falle des § 22 BGB. für den Hoheitsakt der Verleihung gilt, muß im Falle des § 21 BGB. entsprechend für den Staatsakt der Eintragung gelten[13]).

Für die hier vorgetragene Auffassung sprechen endlich folgende Erwägungen, die auf allgemeinen Rechtsgrundsätzen beruhen, die vor allem in der Rechtsprechung weitgehend Anerkennung gefunden haben.

Die Eintragung des Vereins ins Vereinsregister ist ein die Rechtspersönlichkeit des Vereins schaffender Staatsakt, mag man nun davon ausgehen, daß die Rechtsfähigkeit im Anschluß an die bloße Eintragung eintritt, oder auch noch andere Voraussetzungen gegeben sein müssen. Das Gesetz hat den Staatsakt der Eintragung in die Hände einer bestimmten Behörde, der Registerbehörde, gelegt, und zugleich vorgeschrieben, auf welchem Wege die Schaffung der Rechtspersönlichkeit wieder rückgängig gemacht werden kann. Das zwingt aber zu dem Schluß, daß alles, was zum Zwecke der Beseitigung der Rechtspersönlichkeit des Vereins vorzubringen ist, also insbesondere irgendwelche Mängel der gesetzlichen Voraussetzungen der Eintragung, nur in den im Gesetz bestimmten Verfahren vor den daselbst als zuständig bezeichneten Behörden geltend gemacht werden kann. (§§ 159, 142, 143 FGG.) Für diese Regelung spricht vor allem auch, daß über die Frage der Rechtsfähigkeit oder Nichtrechtsfähigkeit des Vereins einheitlich entschieden und so die Verkehrssicherheit gewährleistet wird. Außerhalb des im Gesetz bestimmten Weges kann also ein Mangel der gesetzlichen Voraussetzungen der Eintragung nicht geltend gemacht werden, weder gegenüber dem Zivilrichter[14]) noch gegenüber dem Strafrichter[15]) noch gegenüber dem Richter der Freiwilligen Gerichtsbarkeit[16]). Hierin zeigt sich eben das Wesen des schaffenden Staatsakts: Der Verein gelangt mit der Eintragung ins Vereinsregister unter allen Umständen als juristische Person zur Entstehung und bleibt auch trotz aller Mängel bis zur Aufhebung der Rechtspersönlichkeit in den hierfür bestimmten Verfahren bestehen[17]).

---

13) Vgl. RG. 81/210 und 211; E. R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 27; Hellwig, Grenzen der Rückwirkung, S. 29, bei und zu Fußnote 2.

14) RG. 81/206 ff.

15) S. für die AG.: RGSt. 42/407 ff. (413).

16) Hachenburg, Kommentar zum G.m.b.H.-Ges., Anm. 14 zu § 75 G.m.b.H.-Ges.

17) RG. 81/211 und 212; Göppert, a. a. O., S. 24 ff.; Hellwig, Grenzen der Rückwirkung, S 28/29.

Nach denselben Rechtsgrundsätzen behandelt man auch eine Reihe anderer staatlicher Hoheitsakte, wie z. B. die Volljährigkeitserklärung, die Entmündigung oder die Anordnung einer Vormundschaft oder Pflegschaft. Auch hier ist der von der zuständigen Behörde im vorgeschriebenen Verfahren und in der gesetzmäßigen Form erlassene Akt trotz wesentlicher sachlicher Mängel wirksam und bleibt es auch im Interesse der Verkehrssicherheit, bis er als ungesetzlich ergangen zurückgenommen oder etwa im Wege der Anfechtung beseitigt wird[18]).

Dritter Abschnitt:

Die Eintragung einer AG. in das Handelsregister als schaffender Staatsakt.

Erster Unterabschnitt:

Die Entstehung der AG. durch den Staatsakt der Eintragung.

Die für die Eintragung eines Vereins ins Vereinsregister entwickelten Gesichtspunkte gelten grundsätzlich auch für die Eintragung einer AG. in das Handelsregister. (§ 200 HGB.). Auch bei der Eintragung einer AG. handelt es sich um einen eine Rechtspersönlichkeit schaffenden Staatsakt, der von der konstitutiven Eintragung wie von der Eintragungs-Entscheidung des § 5 HGB. durchaus verschieden ist. Von der letzteren unterscheidet er sich dadurch, daß er in seiner Wirkung unbegrenzt ist. Selbstverständlich kann aber auch die Eintragung einer AG. in dem Falle keine Wirkung entfalten, in dem nicht einmal eine, wenn auch nur rein tatsächliche Personenvereinigung gegeben ist. Die Möglichkeit, eine AG. aus dem Nichts zu schaffen, gewährt auch der Hoheitsakt der Eintragung nicht. Soweit aber dem Gründungsvorgang irgendwelche Mängel anhaften, wird dadurch die Wirksamkeit der Eintragung in keiner Weise berührt, und mögen die Mängel noch so erheblich sein. Die AG. ist vollwirksam zur Entstehung gelangt und von jedem Dritten und von jeder Behörde wie eine fehlerlos zustandegekommene AG. zu behandeln. Die Mängel des Gründungsvorgangs können dagegen wohl den Fortbestand der AG. in Frage stellen, insofern sie, da sie durch die Eintragung keineswegs geheilt werden, im Falle

18) Vgl. Hellwig, Grenzen der Rückwirkung, S. 28/29; RG. 9/183; 34/415 u. 416; 81/411 u. 412.

ihrer Erheblichkeit zur Beseitigung der AG. im Wege der Auflösung und Liquidation führen können. (§ 144, Abs. 1 FGG.; §§ 309, 311 HGB.)[19]).

Entgegen der hier vertretenen Auffassung heißt es in der Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs[20]), eine AG., deren Gründungsvorgang wesentliche Mängel aufweise, sei nichtig. Diese Nichtigkeit werde durch die Eintragung der AG. in das Handelsregister in keiner Weise beseitigt. Ein auf Nichtigkeitsklage (§ 309 HGB.) ergehendes Nichtigkeitsurteil habe infolgedessen nur deklaratorische Bedeutung. Durch die Eintragung der Nichtigkeit ins Handelsregister (§§ 309, 273, 311 HGB.) erlange die nichtige AG. allerdings kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung (§ 311 HGB.) eine gewisse Rechtsbeständigkeit, die bis zu ihrer Beseitigung im Wege der Liquidation andauere.

Die Auffassung der Denkschrift, die zu dem seltsamen Ergebnis führt, daß die nichtige AG. durch die Eintragung ihrer Nichtigkeit ins Handelsregister aufhört, nichtig zu sein, ist abzulehnen. Gerade aus der Bestimmung des § 311 HGB., die so oft zum Nachweis der angeblichen Nichtigkeit der AG. und des Eintritts einer gewissen Rechtsbeständigkeit im Falle der Eintragung der Nichtigkeit herhalten muß[21]), ist zu entnehmen, daß auch eine mit wesentlichen Fehlern behaftete AG. durch die Eintragung vollwirksam zur Entstehung gelangt, und die dem Gründungsvorgang anhaftenden Mängel sich nur dahin auswirken können, daß sie zur Beseitigung der AG. im Wege der Löschung oder der Eintragung als nichtig führen.

Wenn nach § 311, Abs. 1 HGB. mit der Eintragung der „Nichtigkeit" zum Zwecke der Abwicklung der Verhältnisse der AG. die für die Auflösung einer AG. geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden sollen, so geht schon aus dem Wortlaut des Gesetzes hervor, daß auch vor der Auflösung die AG. als solche bestanden hat. Und das ist auch gar nicht anders denkbar. Es sind doch von der „nichtigen" AG. Forderungen erworben und Verbindlichkeiten eingegangen, wohl auch dingliche Rechte und dingliche Lasten begrün-

19) Vgl. hierzu Göppert, a. a. O., S. 27 ff.; derselbe, Zum Aktienrechts-Entwurf. Bank-Archiv, Jahrgang 1930/31, S. 26/27; E. R. Huber, Die Nichtigkeit der Handelsgesellschaften, Verwaltungsarchiv, 37/I ff., Hellwig, Grenzen der Rückwirkung, S. 28 ff. und bes. S. 34/35.

20) S. 82/83.

21) Staub-Pinner, Anm. 12 und 13 zu § 309 HGB.; Makower, Anm. III und IV zu § 311 HGB.; Lehmann-Ring, Anm. 2—4 zu § 311 HGB.

det worden, kurz und gut, es ist ein Vermögen im Sinne eines Inbegriffs von Aktiven und Passiven zur Entstehung gelangt, das nunmehr liquidiert werden soll. Träger eines Vermögens kann aber nur eine wirkliche juristische Person, also eine voll wirksame AG. gewesen sein.

Von der Nichtigkeit einer in ihrem Gründungsvorgang mit Mängeln behafteten AG. kann also keine Rede sein. Die durch die Mängel bedingte sog. Nichtigkeit kommt mit der Eintragung der „Nichtigkeit" oder der ihr gleichstehenden Löschung der AG. als „nichtig" überhaupt erst zur Geltung. (§ 311 HGB. bezw. § 144 FGG.). Freilich nicht in dem Sinne, daß die Eintragung der „Nichtigkeit" eine wirkliche Nichtigkeit als vorhanden gewesen erkennen ließe oder eine solche doch jedenfalls herbeiführte. Im Gegenteil wird durch die Eintragung der „Nichtigkeit" klar, daß die AG. nicht nur bis zu diesem Zeitpunkt vollwirksam als solche bestanden hat, sondern daß sie auch noch nach der Eintragung der „Nichtigkeit" als solche fortbesteht. Allerdings ist sie durch die Eintragung der „Nichtigkeit" aufgelöst und damit in das Stadium der Liquidation überführt worden, und in dieser Wirkung der Eintragung kommen die Mängel des Gründungsvorgangs zur Geltung. Unter Nichtigkeit im Sinne des § 311 HGB. ist also keine wirkliche Nichtigkeit zu verstehen, weder Nichtigkeit ex tunc noch Nichtigkeit ex nunc. Wenn § 311 HGB. von einer „nichtigen" AG. spricht, so ist eine solche AG. gemeint, die wegen Mangels wesentlicher gesetzlicher Voraussetzungen der Eintragung „für den Fortbestand ungeeignet und daher genötigt ist, sich im Wege der Liquidation selbst zunichte zu machen"[22]).

Diese Auslegung, die der Begriff der Nichtigkeit in den §§ 309, 311 HGB. und in § 144. Abs. 1 FGG. erfährt, führt zu vernünftigen, den Bedürfnissen des Wirtschaftslebens Rechnung tragenden Ergebnissen. Auch die in ihren Gründungsvorgang mit wesentlichen Mängeln behaftete AG. gelangt durch die Eintragung (§ 200 HGB.) unter allen Umständen als solche zur Entstehung. Sie unterscheidet sich in nichts von einer fehlerlos zustandegekommenen AG. Insbesondere können die ihr anhaftenden Mängel nicht einredeweise geltend gemacht werden[23]). Die einzige Möglichkeit, sie zur

22) Göppert, a. a. O., S. 27 ff. (S. 32); Brodmann, Anm. 1 zu § 311 HGB.; Hellwig, Grenzen der Rückwirkung, S. 34 ff.; vgl. ferner Grützmann, Bemerkungen über Nichtigkeiten nach Aktienrecht, Arch ZivPrax 122/52 ff.; Martin Wolff, a. a. O., 12 a, S. 76.

23) Göppert, Zum Aktienrechts-Entwurf, a. a. O., S. 26 ff.; Hellwig, a. a. O., S. 30/31; a. A. RG. 114/79.

Geltung zu bringen, besteht darin, die Löschung der AG. als nichtig (§ 144, Abs. 1 FGG.) oder die Eintragung der Nichtigkeit der AG. (§§ 309, 311 HGB.) herbeizuführen. Die Löschung als nichtig und die Eintragung der Nichtigkeit haben aber, wie oben dargelegt worden ist, nur die Wirkung, die AG. aufzulösen und in das Stadium der Liquidation zu überführen. Und diese, im Gesetz (§ 311 HGB.) leider nur sehr schlecht zum Ausdruck gekommene Reglung trägt den Bedürfnissen des Wirtschaftslebens voll Rechnung. Bei einem rechtsfähigen Verein mag es noch angehen, denselben im Falle wesentlicher Mängel der Eintragung durch die Löschung einfach zu beseitigen (§§ 159, 142, 143 FGG.). Bei einer für das moderne Wirtschaftsleben derart wichtigen Gesellschaftsform, wie sie die AG. darstellt, geht das nicht. Es ist vielmehr im Interesse des Rechtsverkehrs eine Zwischenzeit nötig, während deren die Verhältnisse der AG. in Ruhe und Ordnung abgewickelt werden können. Erst mit der Beendigung der Liquidation verschwindet die AG. aus dem Rechtsleben[24]).

Zweiter Unterabschnitt:

Die Beseitigung der „nichtigen" AG.

a) Die Löschung der AG. als nichtig. (§ 144, Abs. 1 FGG.).

Die beiden Verfahren, die zur Beseitigung der AG. im Wege der Auflösung und Liquidation führen, sind im Grunde genommen ganz klar und einfach, und nur durch ihre eigenartige gesetzliche Reglung sowie die unklare Ausdrucksweise des Gesetzes kompliziert worden. Nachdem aber vorstehend klar gestellt worden ist, daß unter dem Begriff der Nichtigkeit in den hier in Betracht kommenden Bestimmungen des § 144, Abs. 1 FGG. und der §§ 309, 311 HGB. keine eigentliche Nichtigkeit, sondern nur die Ungeeignetheit der AG. zum weiteren Bestand und die sich daraus ergebende Notwendigkeit ihrer Beseitigung im Wege der Auflösung und Liquidation verstanden wird, sind die Schwierigkeiten bereits zum großen Teil behoben. Wenn die AG. wegen erheblicher Mängel im Gründungsvorgang im Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit gemäß § 144, Abs. 1 FGG. als nichtig gelöscht wird, so wird sie mit der Löschung aufgelöst und in das Liquidationsstadium überführt, um auf diese Weise aus dem Rechtsleben zu verschwinden. Gewisse Schwierigkeiten bietet nur

24) Göppert, a. a. O., S. 30/31.

das Verfahren im Wege der Nichtigkeitsklage gemäß §§ 309, 311 HGB.[25]).

b) Die Nichtigkeitsklage und die Eintragung der Nichtigkeit der AG. (§§ 309, 311 HGB.).

Es wäre gesetzestechnisch richtiger gewesen, das Verfahren zur Beseitigung einer „nichtigen" AG. ausschließlich im Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit zu regeln, wie das zum Beispiel für den eingetragenen Verein geschehen ist. (§§ 159, 142, 143 FGG.). Man hätte die Bestimmungen des FGG. dahin ergänzen können, daß die Prüfung der gesetzlichen Voraussetzungen der Eintragung der AG. auf Antrag von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern sowie bestimmten anderen Personen vorgenommen werden müßte. Dadurch, daß man das nicht getan hat, hat man zu manchen Unklarheiten und Mißverständnissen Anlaß gegeben.

Nach § 309 HGB. kann, wenn wesentliche Voraussetzungen für die Eintragung einer AG. nicht vorgelegen haben, die Nichtigkeitsklage zum Zwecke der Nichtigerklärung und der Beseitigung der AG. durch die Eintragung der Nichtigkeit erhoben werden. In dem auf die Nichtigkeitsklage stattfindenden Verfahren ist der Prozeßrichter ausnahmsweise kraft besonderer gesetzlicher Ermächtigung befugt, in eine Nachprüfung darüber einzutreten, ob der Gründungsvorgang der AG. die behaupteten, wesentlichen Mängel aufweist. Für diesen Fall ist das grundsätzlich allein der Registerbehörde zustehende Prüfungsrecht auch dem Prozeßrichter übertragen. Es ist also selbstvertsändlich, daß das Prüfungsrecht des Prozeßrichters unter keinen Umständen weiterreicht als das der Registerbehörde. Der Prozeßrichter darf die AG. nur aus den Gründen für nichtig erklären, aus denen der Registerrichter ihre Löschung als nichtig verfügen kann. Mit der Rechtskraft des auf die Nichtigkeitsklage ergehenden Urteils tritt der Prozeßrichter außer Tätigkeit. Wird die Nichtigkeitsklage abgewiesen, so ist mit der Rechtskraft des Urteils der Fall für die ordentlichen Gerichte schon von selbst erledigt. Wird ihr stattgegeben, so tritt die ordentliche Gerichtsbarkeit ebenfalls außer Funktion, und Sache der Registerbehörde ist es, das auf die Beseitigung der AG. abzielende Verfahren weiter zu betreiben.

Das geschieht in der Weise, daß die Registerbehörde, eventuell im Wege des Ordnungsstrafverfahrens, den Vorstand

25) Vgl. zu dem folgenden: Göppert, a. a. O., S. 34 ff.

der für nichtig erklärten AG. anhält, das Nichtigkeitsurteil zum Handelsregister einzureichen. (§§ 309, 273, Abs. 1 HGB.). Nach der Einreichung des Nichtigkeitsurteils wird die Nichtigkeit der AG. ins Handelsregister eingetragen. (§ 311, Abs. 1 HGB.) Das bedeutet, daß die AG. zum Fortbestand ungeeignet ist und sich deshalb nunmehr im Wege der Liquidation selbst aus der Welt zu schaffen hat. Mit der Beendigung der Liquidation verschwindet die AG. aus dem Rechtsleben.

Dritter Unterabschnitt:
Schlußwort.

In diesem Sinne sind die Vorschriften des FGG. und des HGB. über die Entstehung einer AG. (§ 200 HGB.) und ihre Beseitigung bei wesentlichen Mängeln im Gründungsvorgang (§§ 144, Abs. 1 FGG.; 309, 311 HGB.) zu verstehen. Diese Auslegung zeichnet sich nicht nur durch ihre Einfachheit und Klarheit in konstruktiver Hinsicht aus, sondern sie hat auch den sehr beachtenswerten Vorzug, den Bedürfnissen des Wirtschaftslebens voll und ganz Rechnung zu tragen. Denn sie ermöglicht den Bestand eines in seinem rechtlichen Entstehungsvorgang fehlerhaften Unternehmens, das in das Wirtschaftsleben eingetreten ist und sich vielleicht schon längere Zeit geschäftlich betätigt hat. Auf diese Weise gelangt man nicht nur zur Erhaltung der vielfach mit dem Bestand eines Unternehmens verknüpften wirtschaftlichen Werte, sondern man trägt auch der Sicherheit des Rechtsverkehrs vollkommen Rechnung. Denn die fehlerhaft zustandegekommene AG. besteht und vergeht wie eine fehlerlos zustandegekommene, sodaß einem Dritten, der zu ihr in Rechtsbeziehungen getreten ist, daraus kein Schaden erwachsen kann.

Demgegenüber sind Theorien, nach denen im Falle einer ins Gewicht fallenden Fehlerhaftigkeit des Gründungsvorgangs nur der Rechtsschein einer AG.[26]) oder eine „AG. ohne Aktionäre"[27]) oder eine im eigentlichen Sinne des Wortes nichtige AG.[28]) zur Entstehung gelangt, als konstruktiv verfehlt

---

26) Herbert Meyer, ZHR. 81/393 ff.; vgl. auch RG. 145/158 u. 159; dagegen Göppert, a. a. O., S. 38.

27) Staub-Pinner, Anm. 12 zu § 309 HGB.; Hans Erich Feine, Die G.m.b.H., in Ehrenbergs Handbuch III, 3, S. 38 ff.; Brodmann, Anm. 1 zu § 311 HGB.; Goldschmit, Die AG., Anm. 7 zu § 309 HGB.

28) Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs, S. 82/83; dagegen Göppert, a. a. O., S. 31/32.

und den Erfordernissen des Wirtschaftslebens nicht entsprechend abzulehnen. Es ist bedauerlich, daß das Reichsgericht die für den Fall der Eintragung eines den gesetzlichen Voraussetzungen nicht entsprechenden Vereins entwickelten Rechtsgrundsätze[29]) nicht in dieser Vollkommenheit und Klarheit auch für die AG. vertritt[30]), wie sich auch darin zeigt, daß das Reichsgericht die einredeweise Geltendmachung von Gründungsmängeln zuläßt[31]). Es wäre erfreulich, wenn der Oberste Gerichtshof die für die Eintragung eines mit Mängeln behafteten Vereins entwickelte Rechtsprechung bald auch auf die fehlerhaft zustandegekommene AG. in Anwendung bringen würde!

29) Vgl. insbes. RG. 81/206 ff.
30) Unscharf RGSt. 43/407 ff. (414); unzutreffend RGZ. 145/158 u. 159.
31) RG. 114/77 ff. (79).

Fünftes Kapitel.

Die Eintragung des Umwandlungsbeschlusses ins Handelsregister nach §§ 9ff. des Gesetzes über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften vom 5. Juli 1934. (RGBl. I S. 569)

Durch die Umwandlungsgesetzgebung soll nach dem Vorspruch zum Gesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften die Abkehr von anonymen Kapitalformen zur Eigenverantwortung des Unternehmers in geeigneten Fällen nach Kräften gefördert werden. Für die Umwandlung bestimmter Kapitalgesellschaften, nämlich der Aktiengesellschaft, der Kommanditgesellschaft auf Aktien, der G.m.b.H. und der bergrechtlichen Gewerkschaft stellen das Umwandlungsgesetz und seine Durchführungsverordnungen die Formen der Offenen Handelsgesellschaft, der Kommanditgesellschaft und der Gesellschaft Bürgerlichen Rechts sowie das von einer einzelnen Person unter Eigenverantwortung betriebene Unternehmen zur Verfügung. Von den zahlreichen Möglichkeiten einer Umwandlung, die die Umwandlungsgesetzgebung kennt, sei hier der Fall der Umwandlung einer Aktiengesellschaft unter gleichzeitiger Errichtung einer Offenen Handelsgesellschaft (§§ 9 ff. UmwGes.) herausgegriffen, weil das Umwandlungsgesetz diesen Fall neben dem der Umwandlung einer AG. in eine bestehende OHG. in den Vordergrund stellt.

Bei der Umwandlung einer AG. unter gleichzeitiger Errichtung einer OHG. sind zwei Vorgänge zu unterscheiden: die Errichtung der OHG. (§ 11, Abs. 2 UmwGes.) und die Vernichtung der AG. Bei der Umwandlung wird nämlich das Vermögen der AG. einschließlich der Schulden ohne Liquidation auf die OHG. übertragen. Gleichzeitig wird die AG. aufgelöst. In demselben Zeitpunkt erlischt ihre Firma, d. h. die AG. als Trägerin dieser Firma verschwindet. (§§ 9, 4, 5, Abs. 1 UmwGes.).

Die Entstehung der OHG. und die zur Vernichtung der AG. führenden Rechtswirkungen treten nach dem Wortlaut des Gesetzes mit der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses ins Handelsregister ein. (§ 11, Abs 2; §§ 9, 4, 5, Abs. 1 UmwGes.). Es ist die Frage, welche Bedeutung der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses ins Handelsregister zukommt und welche Rechtswirkungen sie äußert.

1. Abschnitt:

Bedeutung und Wirkungen der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses nach herrschender Auffassung.

Die Eintragung des Umwandlungsbeschlusses ins Handelsregister hat nach herrschender Auffassung konstitutive Bedeutung in dem Sinne, daß die Eintragung ins Handelsregister zu einem bestimmten Tatbestand, zu dem ein rechtswirksamer Umwandlungsbeschluß gehört, hinzutreten muß[1]). Nur unter dieser Voraussetzung hat die Eintragung zur Folge, daß die OHG. gemäß § 11, Abs. 2 UmwGes. zur Entstehung gelangt, und die umzuwandelnde AG. untergeht, indem ihr Vermögen einschließlich der Schulden ohne Liquidation auf die OHG. übergeht, ihre Auflösung eintritt, und ihre Firma erlischt. (§§ 9, 4, 5, Abs. 1 UmwGes,). Nicht auf den Akt der Eintragung ins Handelsregister, sondern auf den Beschluß, durch den die Aktionäre der umzuwandelnden AG. die Umwandlung unter gleichzeitiger Errichtung der OHG. beschließen, kommt es an. Er gilt im Hinblick auf die Entstehung der OHG. als deren materielle Grundlage[2]), als Ersatz für den Gesellschaftsvertrag[3]).

Für den Fall, daß der Umwandlungsbeschluß nichtig ist, hat die Eintragung nach herrschender Lehre nicht die Rechtswirkungen, die durch sie herbeigeführt werden sollen. Das gleiche gilt, wenn der Umwandlungsbeschluß mit Erfolg angefochten worden ist. In beiden Fällen ist durch die Eintragung des Umwandlungsbeschlusses ins Handelsregister keine Veränderung der Rechtslage eingetreten. Die umzuwandelnde AG. besteht nach wie vor, und die zu errichtende OHG. ist nicht zur Entstehung gelangt[4]). Wird die Nichtigkeit des Umwandlungsbeschlusses im Prozeß behauptet und bewiesen, so ist die vorstehend dargestellte Rechtslage für den Prozeßrichter allein maßgebend. Die Eintragung im Handelsregister ist für ihn wie für jeden anderen ohne Bedeutung.

---

1) Böttcher-Meilicke, Anm. 6, 7 zu § 11 UmwGes., S. 112; Crisolli, Groschuff-Kaemmel Anm. 7 zu § 11 UmwGes., S. 120 ff.; Groschuff, JW. 1934, s. 1823 ff. und JW. 1934, S. 3030 ff. (3036); Crisolli, JW. 1935, S. 172 ff.

2) Böttcher-Meilicke, Anm. 6 zu § 11 UmwGes., S. 112.

3) Crisolli-Groschuff-Kaemmel, Anm. 22—24 zu § 10 UmwGes., S. 113 ff.

4) Crisolli-Groschuff-Kaemmel, Anm. 7 zu § 11 UmwGes., S. 120 ff.; Böttcher-Meilicke, Anm. 6, 7 zu § 11 UmwGes., S. 112; Crisolli, JW. 1935, S. 172 ff.; Groschuff, JW. 1934, S. 1823 ff.

2. Abschnitt:

Die Eintragung des Umwandlungsbeschlusses ins Handelsregister als rechtschaffender und zugleich rechtsvernichtender Staatsakt.

1. Unterabschnitt:

Die Entstehung der OHG. und die Vernichtung der AG. durch den Staatsakt der Eintragung.

Der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses ins Handelsregister kommt keine konstitutive Bedeutung zu, wie die herrschende Lehre annimmt. Es handelt sich vielmehr um einen Staatsakt von rechtsschaffender und zugleich rechtsvernichtender Wirkung. Rechtsschaffende Wirkung hat die Eintragung des Umwandlungsbeschlusses ins Handelsregister insofern, als mit der Eintragung ein neues Rechtsgebilde entsteht, nämlich die OHG. (§ 11, Abs. 2 UmwGes.). Rechtsvernichtende Wirkung kommt ihr insofern zu, als mit der Eintragung die Firma der AG. erlischt, d. h. die AG. als Trägerin der Firma untergeht, und ihr Vermögen einschließlich der Schulden ohne Liquidation auf die OHG. übergeht. (§§ 9, 4, 5, Abs. 1 UmwGes.).

a) Die rechtsschaffende Wirkung der Eintragung.

Daß der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses ins Handelsregister rechtsschaffende Bedeutung zukommt, ergibt sich aus dem klaren Wortlaut des Gesetzes. In § 11, Abs. 2 UmwGes. heißt es, daß die OHG. mit der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses ins Handelsregister entsteht. Es handelt sich hier um denselben Vorgang wie bei der Eintragung eines rechtsfähigen Vereins ins Vereinsregister, einer AG., einer KGaA. oder einer G.m.b.H. ins Handelsregister oder einer Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft ins Genossenschaftsregister. Bemerkenswert ist nur, daß hier durch die Eintragung keine juristische Person entsteht, sondern ein Rechtsgebilde, das zwar der juristischen Person in manchen Beziehungen nahe kommt (§ 124 HGB.), aber im Grunde genommen doch auf der gesamthänderischen Bindung mehrerer Gesellschafter beruht. (§ 105 HGB.).

Für den Fall, daß der Entstehungsvorgang der OHG., insbesondere der Umwandlungsbeschluß, wesentliche Mängel aufweist, müssen mithin dieselben Rechtsgrundsätze gelten, die

bei Fehlern im Entstehungsvorgang eines rechtsfähigen Vereins Anwendung finden[5]). Danach ist die Frage, ob die OHG. mit der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses ins Handelsregister auch dann entstanden ist, wenn die im Gesetz bestimmten Voraussetzungen der Eintragung nicht vollständig vorgelegen, insbesondere wesentliche Voraussetzungen gefehlt haben, zu bejahen. Wenn irgendwelche im Gesetz bezeichnete Voraussetzungen gefehlt haben, durfte die Eintragung des Umwandlungsbeschlusses ins Handelsregister nicht erfolgen. Wenn sie trotzdem erfolgt ist, so hat sie dennoch ihre volle Wirkung. Die OHG. ist also trotz des Mangels noch so erheblicher Voraussetzungen auf Grund der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses ins Handelsregister entstanden. Außer in den weiter unten zu beprechenden Verfahren kann also ein Mangel im Entstehungsvorgang der OHG. nicht geltend gemacht werden, weder gegenüber dem Zivilrichter noch gegenüber dem Strafrichter noch gegenüber dem Richter der Freiwilligen Gerichtsbarkeit. Gerade hierin liegt die Bedeutung des schaffenden Staatsakts: Die OHG. gelangt mit der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses ins Handelsregister unter allen Umständen zur Entstehung und bleibt trotz aller Mängel bis zu ihrer Beseitigung in den hierfür in Betracht kommenden Verfahren bestehen.

Es kann also für den Fortbestand, nicht aber für den rechtlichen Bestand der OHG. von Bedeutung sein, wenn z. B. dem ins Handelsregister eingetragenen Umwandlungsbeschluß nicht alle Aktionäre (§ 10, Abs. 1 UmwGes.) zugestimmt haben. Die OHG. ist auch dann rechtswirksam zur Entstehung gelangt, wenn die Zustimmungserklärung eines in der Generalversammlung nicht erschienenen Aktionärs nicht in gerichtlich oder notariell beurkundeter Form vorliegt (§ 10, Abs. 1, S. 2 UmwGes.), oder z. B. wegen Geschäftsunfähigkeit des Zustimmenden nichtig ist. Ebensowenig berührt es die Gültigkeit ihrer Entstehung, wenn an ihr eine juristische Person beteiligt ist, ohne daß die Zustimmung des Reichsjustizministers oder der von ihm bestimmten Stelle vorliegt. (§ 10 der UmwDurchfVO. vom 14. Dezember 1934, RGBl. I S. 1262), wenn sie ein Handelsgewerbe nach den Vorschriften des Handelsgesetzbuchs nicht betreibt, wenn an ihr etwa eine OHG. beteiligt ist[6]), wenn der Umwandlungsbeschluß infolge der Nichtigkeit irgendwelcher Sonderabreden nichtig ist[7]), oder der

5) Vgl. hierzu Göppert, Eintragungen in das Handelsregister von besonderer Eigenart, S. 24 ff. und oben Kap. IV.
6) Crisolli-Groschuff-Kaemmel, Anm. 16 zu § 10 UmwGes.
7) Düringer-Hachenburg, Anm. 11 zu § 9 UmwGes.

Entstehungsvorgang sonstige wesentliche Mängel aufweist. Als wesentlicher Mangel ist es übrigens nicht anzusehen, wenn der Umwandlungsbeschluß die im Gesetz (§ 10, Abs. 2 UmwGes.) vorgeschriebene Angabe der Firma der OHG. nicht enthält, eine gemeinschaftliche Firma aber vom Zeitpunkt der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses an tatsächlich geführt wird. Ein derartiger Mangel läßt sich notfalls im Wege des Anmeldungszwangs (§ 10, Abs. 2, 3 UmwGes., (§ 106, Abs. 2, Nr. 2 HGB.), § 14 HGB. beseitigen[8]). Voraussetzung ist aber, daß ein Handelsgewerbe im Sinne des § 1, Abs. 2 HGB. betrieben wird. Handelt es sich dagegen um ein Unternehmen im Sinne des § 2 oder des § 3, Abs. 2 HGB., so entsteht durch die Eintragung des Umwandlungsbeschlusses ins Handelsregister keine OHG., wenn im Umwandlungsbeschluß die Firma der zu errichtenden OHG. nicht angegeben ist. Der Staatsakt der Eintragung ist vielmehr nichtig, da ein derartiges Unternehmen nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 2 HGB. nur im Falle der Eintragung der Firma des Unternehmers ins Handelsregister als Handelsgewerbe gilt, beim Betrieb eines Nichthandelsgewerbes aber keine OHG. vorliegt. (§ 105 HGB.).

Zusammenfassend ist zu sagen, daß die OHG. durch die Eintragung des Umwandlungsbeschlusses ins Handelsregister auch dann rechtswirksam zur Entstehung gelangt, wenn wesentliche Voraussetzungen für die Eintragung nicht vorgelegen haben. Soweit wesentliche Mängel im Entstehungsvorgang der OHG. vorliegen, können dieselben sich wie beim rechtsfähigen Verein nur dahin auswirken, daß sie die Möglichkeit begründen, die OHG. im Wege der Auflösung und Liquidation oder der Löschung der Eintragung im Handelsregister zu beseitigen. Auf welche Weise die Auflösung und Liquidation sowie die Löschung im Handelsregister herbeigeführt werden kann, wird weiter unten darzulegen sein.

b) Die rechtsvernichtende Wirkung der Eintragung.

Es ist nunmehr auf die Frage einzugehen, ob das Fehlen wesentlicher Voraussetzungen für die Eintragung des Umwandlungsbeschlusses ins Handelsregister auch auf die rechtsvernichtende Wirkung der Eintragung von Einfluß ist. Durch die Eintragung des Umwandlungsbeschlusses ins Handelsregister wird ja nicht nur die OHG. geschaffen (§ 11, Abs. 2 UmwGes.), sondern auch die umzuwandelnde AG. vernichtet. (§§ 9, 4, 5, Abs. 1 UmwGes.).

8) A. A. Düringer-Hachenburg, Anm. 20 zu § 10 UmwGes.

Ebensowenig wie sich wesentliche Mängel im Entstehungsvorgang der OHG. dahin auswirken können, daß die OHG. als überhaupt nicht entstanden anzusehen ist, ebensowenig können sich wesentliche Mängel in dem zur Vernichtung der umzuwandelnden AG. führenden Rechtsvorgang dahin äußern, daß die Vernichtung der AG. als überhaupt nicht eingetreten anzusehen ist. Die Entstehung der OHG. und die Vernichtung der AG. beruhen beide auf dem Staatsakt der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses ins Handelsregister, und Mängel, die der Entstehung der OHG. anhaften, haften auch der Vernichtung der AG. an. Man kann deshalb diesen Mängeln im Hinblick auf die Vernichtung der AG. keine stärkere rechtliche Wirkung beimessen als hinsichtlich der Entstehung der OHG. Daraus folgt, daß durch die Eintragung des Umwandlungsbeschlusses ins Handelsregister die Vernichtung der umzuwandelnden AG. eingetreten ist.

Dieses Ergebnis entspricht nicht nur der Tendenz der Umwandlungsgesetzgebung, anonyme Kapitalformen nach Möglichkeit aus dem Rechtsleben verschwinden zu lassen[9]), sondern sie hat vor allem den Vorzug, klare Verhältnisse zu schaffen und damit dem Verlangen des Verkehrs nach Einfachheit und Rechtssicherheit zu entsprechen. Mögen noch so wesentliche Voraussetzungen für die Eintragung des Umwandlungsbeschlusses ins Handelsregister gefehlt haben, der Akt der Eintragung hat trotzdem die im Gesetz an ihn geknüpften Wirkungen, es sei denn, daß es sich um einen der sehr seltenen Fälle schwerster Mängel handelt, die die Nichtigkeit des Staatsakts der Eintragung zur Folge haben. Ein solcher liegt z. B. vor, wenn im Umwandlungsbeschluß die im Gesetz (§ 10, Abs. 2 UmwGes.) vorgeschriebene Angabe der Firma der zu errichtenden OHG. fehlt, und eine Firma auch nicht wenigstens tatsächlich geführt wird. Dem Staatsakt fehlt hier die Möglichkeit der beabsichtigten Wirkung. Von solchen Ausnahmefällen abgesehen, kann der Verkehr aber davon ausgehen, daß vom Zeitpunkt der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses ins Handelsregister an die AG. aus dem Rechtsleben verschwunden, und die OHG. zur Entstehung gelangt ist.

---

9) S. Vorspruch zum Gesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften vom 5. Juli 1934.

2. Unterabschnitt:

Die Beseitigung der fehlerhaft entstandenen OHG.

Während das bisherige Recht für den Fall, daß der Entstehungsvorgang eines rechtsfähigen Vereins oder einer Aktiengesellschaft wesentliche Mängel aufweist, für deren Beseitigung genaue Bestimmungen enthält, (§§ 159, 142, 143 FGG.; 309—311 HGB., 144 FGG.), trifft die Umwandlungsgesetzgebung für die Beseitigung der fehlerhaft entstandenen OHG. derartige Bestimmungen nicht. Das erklärt sich vielleicht aus der Schnelligkeit, mit der diese Gesetzgebung sich vollzog, vielleicht aber auch daraus, daß man mit einer analogen oder auch direkten Anwendung bereits vorhandener gesetzlicher Vorschriften auskommen zu können glaubte.

Für die Beseitigung der fehlerhaft entstandenen OHG. kommt eine entsprechende Anwendung der für eine fehlerhaft zustandegekommene Aktiengesellschaft geltenden Bestimmungen, nämlich der Nichtigkeitsklage nach §§ 309—311 HGB. und der Löschung als nichtig im Verfahren von Amts wegen nach § 144, Abs. 1 FGG jedenfalls nicht in Betracht, sie nur für den speziellen Fall bestimmt sind, daß es sich um eine in ihrem Entstehungsvorgang mit wesentlichen Mängeln behaftete Kapitalgesellschaft handelt.

Ebensowenig kommt eine Anwendung des § 144, Abs. 2 FGG. in Betracht, dem zufolge ein in das Handelsregister eingetragener Generalversammlungsbeschluß einer AG. als nichtig gelöscht werden kann, „wenn er durch seinen Inhalt zwingende Vorschriften des Gesetzes verletzt und seine Beseitigung im öffentlichen Interesse erforderlich erscheint". Diese Bestimmung trifft im vorliegenden Falle zwar ihrem Wortlaut, nicht aber der Sache nach zu. Denn es handelt sich hier nicht darum, den nichtigen Umwandlungsbeschluß, sondern die für die Entstehung der OHG. maßgebende Eintragung des Umwandlungsbeschlusses und die im Anschluß daran (§ 11, Abs. 2 UmwGes.) erfolgte Eintragung der OHG. im Handelsregister zu löschen.

Als der gegebene Weg für die Beseitigung einer in ihrem Entstehungsvorgang mit wesentlichen Mängeln behafteten OHG. erscheint die Auflösungsklage gemäß § 133 HGB. sowie die Löschung von Amts wegen gemäß § 142 FGG.

a) Die Beseitigung der OHG. im Wege der Auflösungsklage gemäß § 133 HGB.

Nach § 133 HGB. kann jeder Gesellschafter auf Auflösung der OHG. klagen, wenn ein wichtiger Grund für das Auflösungsbegehren vorliegt. Ein wichtiger Grund im Sinne des § 133 HGB. ist aber dann als gegeben anzusehen, wenn der Entstehungsvorgang der OHG. einen wesentlichen Mangel aufweist, der Umwandlungsbeschluß z. B. nichtig ist, weil der Vormund einer an der AG. beteiligten Person der Umwandlung ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (§ 1822, Ziff. 10 BGB.) zugestimmt hat, und die Genehmigung verweigert worden ist[10]).

Es fragt sich nunmehr, ob und auf welche Weise dem Entstehungsvorgang der OHG. anhaftende wesentliche Mängel geheilt werden können.

Man wird in der Gewährung von Heilungsmöglichkeiten sehr weit gehen müssen. So sehr man bestrebt sein muß, den die Voraussetzungen für die Entstehung der OHG. enthaltenden Rechtssätzen Geltung zu verschaffen, noch wichtiger ist es, die mit dem Bestand eines Unternehmens verknüpften wirtschaftlichen Werte trotz Fehlens wesentlicher Voraussetzungen für die Entstehung des Unternehmens zu erhalten, wenn es nur irgend angeht.

Man wird deshalb die Heilung wesentlicher Mängel in allen Fällen zulassen müssen, in denen sämtliche Gesellschafter der Heilung zustimmen, und der Mangel nicht besonders schwerwiegend ist. Ein besonders schwerwiegender Mangel liegt z. B. dann vor, wenn die OHG. kein Handelsgewerbe betreibt, oder eine andere OHG. an ihr beteiligt ist[11]). Die Heilung eines derartigen Mangels ist ausgeschlossen. Die Beseitigung der OHG. kann in solchen Fällen, wenn die Auflösungsklage gemäß § 133 HGB. nicht erhoben wird, immer noch im Wege der weiter unten zu besprechenden Löschung von Amts wegen gemäß § 142 FGG. erfolgen.

Für den Fall, daß der Mangel seiner Natur nach heilbar ist, die Zustimmung sämtlicher Gesellschafter zu der Heilung aber nicht erreicht werden kann, erscheint im Interesse der Erhaltung der OHG. die entsprechende Anwendung des § 142 und des § 140 HGB. geboten.

Wenn die OHG. nur aus zwei Gesellschaftern besteht, und der eine Gesellschafter die Auflösung der OHG. wegen eines

10) Vgl. hierzu Böttcher-Meilicke, IV 1 zu § 10 UmwGes., S. 109/110.

11) Vgl. RG. 36/139 ff.; KGJ. 11/17; OLGR. 24/170; RJA. 15/43.

ihrem Entstehungsvorgang anhaftenden wesentlichen Mangels verlangt, so wird man dem anderen Gesellschafter in entsprechender Anwendung des § 142 HGB. den Anspruch gewähren müssen, das Unternehmen ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen. Besteht die OHG. aus mehreren Gesellschaftern, von denen alle bis auf einen die Auflösung der OHG. verlangen, so wird man dem an der Weiterführung des Unternehmens interessierten Gesellschafter denselben Anspruch einräumen müssen, wie das die herrschende Lehre im Falle des § 142 HGB. in extensiver Auslegung dieser Vorschrift auch tut[12]). Besteht die OHG. aus mehreren Gesellschaftern, von denen mehrere sich für die Weiterführung des Unternehmens aussprechen, so wird man diesen in entsprechender Anwendung des § 140 HGB. den Anspruch einräumen müssen, das Unternehmen ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven weiterzuführen. Die ausscheidenden Gesellschafter sind jeweils nach Maßgabe der hier entsprechend anzuwendenden Vorschriften abzufinden. (§ 142, Abs. 3; § 140, Abs. 2 HGB.).

b) Die Beseitigung der OHG. im Wege der Löschung von Amts wegen gemäß § 142 FGG.

Die Erhaltung des durch die OHG. repräsentierten wirtschaftlichen Unternehmens erweist sich in den Fällen als ausgeschlossen, in denen der dem Entstehungsvorgang der OHG. anhaftende Mangel seiner Natur nach als unheilbar erscheint. Das ist z. B. der Fall, wenn die OHG. kein Handelsgewerbe betreibt. Die Umwandlung einer nicht auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichteten AG. wird vor dem Erlaß der Durchführungsverordnung vom 14. Dezember 1934 (RGBl. I S. 1262) in manchen Fällen erfolgt sein, da das Gesetz die Frage der Zulässigkeit der Umwandlung in solchen Fällen offen ließ, und ein Teil der Literatur sie bejahte[13]). Gerade für derartige Fälle ist es von Wichtigkeit, daß die Beseitigung der OHG. auch durch Löschung von Amts wegen gemäß § 142 FGG. erfolgen kann.

Nach § 142, Abs. 1 FGG. kann das Registergericht die Eintragung des Umwandlungsbeschlusses in Abteilung B des Handelsregisters und die Eintragung der OHG. in Abteilung A

12) So Staub-Pinner, Einleitung zu § 142 HGB.; Düringer-Hachenburg-Flechtheim, Anm. 3 zu § 142 HGB.; Wieland, Handelsrecht I, S. 723. Anm. 3.

13) Vgl. z. B. Groschuff, JW. 1934, S. 1823 ff. und in JW. 1934, S. 3030 ff.

des Handelsregisters[14]) von Amts wegen löschen, wenn diese Eintragungen erfolgt sind, obgleich sie wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig waren. Das Gericht hat die OHG. von der beabsichtigten Löschung zu benachrichtigen, und ihr zugleich eine angemessene Frist zur Geltendmachung eines Widerspruchs zu bestimmen. (§ 142, Abs. 2 FGG.).

Ob das Registergericht die Löschung vornimmt, hängt nicht von seinem Belieben, sondern von seinem pflichtmäßigen Ermessen[15]) ab. Das Registergericht wird deshalb von einer Löschung absehen, wenn bei Vorliegen eines seiner Natur nach heilbaren Mangels die von der Löschungsabsicht benachrichtigten (§ 142, Abs. 2 FGG.) Gesellschafter ihm mitteilen, daß sie den Mangel als unerheblich ansehen. Es wird auch dann von der beabsichtigten Löschung Abstand nehmen, wenn ein oder mehrere Gesellschafter ihm mitteilen, daß sie das Unternehmen ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven weiterführen wollen. (§ 142 und § 140 HGB. in entsprechender Anwendung.) Es darf in diesen Fällen die Löschung auch gar nicht vornehmen, weil in einer derartigen Mitteilung ein Widerspruch gegen die Löschung zu sehen ist. (§§ 142, Abs. 3; 141, Abs. 4 FGG.).

Wird seitens der Beteiligten Widerspruch nicht erhoben, oder handelt es sich um einen seiner Natur nach unheilbaren Mangel, so nimmt das Registergericht die Löschung des Umwandlungsbeschlusses in Abteilung B und die Löschung der OHG. in Abteilung A des Handelsregisters vor. Die Löschung hat zur Folge, daß die OHG. als von Anfang an nichtig, und die AG. als nicht vernichtet anzusehen ist.

Die Löschung führt also zu einer ziemlich schwierigen Rechtslage, insofern die im Anschluß an die Eintragung des Umwandlungsbeschlusses ins Handelsregister eingetretenen Rechtswirkungen (§ 11, Abs. 2; §§ 9, 4, 5, Abs. 1 UmwGes.) rückgängig gemacht werden. Soweit es sich um die Gläubiger der durch die Löschung rückwirkend vernichteten OHG. handelt, können sie sich wegen ihrer Forderungen gemäß § 128 HGB. an die Scheingesellschafter halten, da diese im Rechtsverkehr als Gesellschafter einer OHG. aufgetreten sind.

Die vorstehend angedeuteten Schwierigkeiten, die die gemäß § 142, Abs. 1 FGG. vorgenommene Löschung des Um-

14) Vgl. hierzu Böttcher-Meilicke, Anm. 7 zu § 11 UmwGes. S. 112; Crisolli-Groschuff-Kaemmel, Anm. 1 zu § 4 UmwGes., S. 68/69; Anm. 6, 8 zu § 11 UmwGes., S. 120—122.

15) Schlegelberger (1935), Anm. 6 zu § 142 FGG., S. 766.

wandlungsbeschlusses in Abteilung B und der OHG. in Abteilung A des Handelsregisters mit sich bringt, werden eine nach sachgemäßem Ermessen verfahrende Registerbehörde veranlassen, von ihrer Löschungsbefugnis nur im äußersten Falle Gebrauch zu machen. Damit ist eine gewisse Garantie dafür gegeben, daß das durch die OHG. dargestellte Unternehmen und die mit ihm verbundenen wirtschaftlichen Werte nach Möglichkeit erhalten bleiben, ein Ergebnis, das nicht nur dem Gesetz, sondern auch den Erfordernissen des Wirtschaftslebens entsprechen dürfte.

Eidesstattliche Erklärung:

Ich versichere hiermit an Eidesstatt, daß ich die vorliegende Arbeit selbständig und ohne unerlaubte fremde Hilfe angefertigt und mich anderer als der von mir angegebenen Schriften nicht bedient habe.

Bonn, den 9. Oktober 1935.

Mein Lebenslauf.

Ich, Heinz Senden, wurde am 16. Juni 1912 als Sohn der Eheleute Heinrich Senden und Clara, geb. Gehlen, zu Höngen, Krs. Aachen, geboren. Ich bin arischen Blutes und katholischer Konfession. Von Ostern 1918 bis Ostern 1922 besuchte ich die Volksschule zu Höngen, Krs. Aachen, von Ostern 1922 bis Ostern 1931 das Staatliche Gymnasium zu Jülich, an dem ich am 12. März 1931 das Reifezeugnis erhielt.

Zum Studium der Rechts- und Staatswissenschaften bezog ich vom Sommersemester 1931 bis zum Wintersemester 1933/34 die Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität zu Bonn. Am 29. Januar 1935 bestand ich beim Oberlandesgericht in Köln die Erste Juristische Staatsprüfung.

Die mündliche Promotionsprüfung fand am 25./26. November 1935 statt. Die Dissertation entstand unter Leitung von Excellenz Prof. Dr. Göppert.